



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA- UnB
FACULDADE DE DIREITO

LUIS CESAR CARDOSO DE CARVALHO

**A UTILIZAÇÃO DE EXAMES DE DNA COMO FORMA DE GARANTIA
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL**

BRASÍLIA
2014

LUIS CESAR CARDOSO DE CARVALHO

**A UTILIZAÇÃO DE EXAMES DE DNA COMO FORMA DE GARANTIA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador: Professor Pedro Ivo R. Velloso
Cordeiro**

**BRASÍLIA
2014**

CARVALHO, Luis Cesar Cardoso.

A utilização de exames de DNA como forma de garantia de direitos fundamentais no processo penal./ Luis Cesar Cardoso de Carvalho. Brasília: UnB, 2014.

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito da Universidade de Brasília- UnB. Orientador: Pedro Ivo R. Velloso Cordeiro.

1 Direito processual penal. 2 Direitos e garantias fundamentais.
3 Garantismo penal. 4 Provas. 5 Identificação humana. 6 Exames de DNA.
7 Nemo tenetur se detegere. 8 Consentimento

LUIS CESAR CARDOSO DE CARVALHO

**A UTILIZAÇÃO DE EXAMES DE DNA COMO FORMA DE GARANTIA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do Título de Bacharel
em Direito, no Curso de Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília.**

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Pedro Ivo R. Velloso Cordeiro
Professor Orientador.**

**Prof. Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende.
Integrante da Banca Examinadora**

**Prof. Marcelo Turbay Freiria
Integrante da Banca Examinadora**

Brasília, 09 de dezembro de 2014.

Dedico este trabalho aos meus pais cujos esforços não passaram sem que fossem notados; aos meus irmãos, guerreiros consortes nas minhas batalhas e aos meus amigos cujo apoio foi e é essencial.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família por seu incentivo incondicional; aos colegas que acompanharam boa parte da jornada; aos amigos com quem dividi não apenas os momentos de felicidade, mas também as agonias e tristezas da vida, além de um certo desespero. Agradeço aos professores da Universidade de Brasília que mais do que mestres são agora exemplos a serem seguidos. Agradeço também aos sorrisos que me fizeram mais forte e me deram forças para tentar ser sempre melhor.

Sem vocês – todos vocês – os caminhos e decisões que me levaram ao presente momento seriam impossíveis.

RESUMO

CARVALHO, Luis Cesar Cardoso. A utilização de exames de DNA como forma de garantia de direitos fundamentais no processo penal. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

O presente trabalho visa estudar a utilização da prova de DNA no processo penal e demonstrar que tais exames podem ser utilizados como forma de garantia e fortalecimento dos direitos fundamentais previstos na Constituição, sobretudo o direito à intimidade, dignidade da pessoa humana, presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere*. Os exames de DNA são também apresentados como método de identificação humana e, nesse contexto, são comparados com outras metodologias sendo que a prática brasileira é comparada com a prática alemã, espanhola, inglesa e norte-americana. A questão da ausência do consentimento para a coleta do material genético é abordada e discutida sendo que os aspectos mais controversos da atual legislação nacional são analisados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal. Direito Penal. Produção de provas. Devido Processo Legal. Contraditório e Ampla Defesa. Identificação humana. Exames de DNA. Bancos de dados de DNA. Consentimento.

Sumário

INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO 1	4
1.1 Garantismo penal	4
1.2 O Devido processo legal.....	6
1.2.1 O Devido processo na acepção tradicional – Procedural due process	7
1.2.2 O Devido processo legal substancial – Substantive due process	8
1.3 O Contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência.	9
1.4 A Verdade e a verdade processual.....	17
1.5 A prova no processo penal	21
1.5.1 Objeto e classificação das provas	23
1.5.2 Comunhão e liberdade das provas	24
1.5.3 Limitações ao direito à prova	26
1.5.4 O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas	31
1.5.5 As possibilidades de utilização da prova ilícita no processo	35
1.5.6 As provas que dependem da colaboração do acusado	37
CAPÍTULO 2.....	40
2.1 Métodos de identificação humana no processo penal	40
2.1.1 O reconhecimento de pessoas	44
2.1.2 Impressões datiloscópicas.....	48
2.1.3 DNA e bancos de dados	50
2.2 A utilização dos exames de DNA no Direito Comparado	54
2.2.1 Direito alemão.....	54
2.2.2 Direito espanhol	55
2.2.3 Direito inglês e norte-americano	55
CAPÍTULO 3	57
3.1 – O Exame de DNA, os direitos individuais e o interesse coletivo.	57
3.1.1 Direito à vida	59
3.1.2 O exame de DNA em face do <i>Nemo Tenetur se Detegere</i> : caso Roberta Jamilly	60
3.1.3 Presunção de Inocência.....	64
3.1.4 Biopolítica.....	66
3.1.4 O direito à intimidade: caso Glória Trevi	68
3.2 A experiência brasileira: a criação de Bancos de Dados de Material Genético no Brasil	71
3.3 A Legislação brasileira e suas contradições	73
3.3.1 Primeira possibilidade: durante as investigações policiais	73
3.3.2 Segunda possibilidade: condenados por crimes dolosamente praticados com violência grave ou crimes hediondos	77
3.4 A questão do consentimento	79
CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

Com o advento tecnológico observado nas últimas décadas surgem novas possibilidades nos mais diversos campos do conhecimento humano. No Direito as novas tecnologias possibilitaram a produção de provas cada vez mais robustas e confiáveis.

No Direito Penal, técnicas cada vez mais apuradas surgiram e a romantização do trabalho policial, que, até então, tivera seu ápice com Sir Arthur Conan Doyle e Agatha Christie, atingiu um novo patamar. Dentro de todos os meios de prova decorrentes do recente avanço tecnológico observado destaca-se a identificação humana por meio do exame de DNA. Essa técnica mostrou-se, em um primeiro momento, como sendo a panaceia para o “problema da impunidade”, uma vez que apresenta a possibilidade de identificar – com alto grau de certeza – uma pessoa através de um elemento inalterável e indissociável do indivíduo. Qualquer pessoa pode modificar, ainda que cirurgicamente, sua aparência e suas características como voz, sotaque e trejeitos, mas não pode alterar sua configuração genética.

Se por um lado existe a possibilidade de que se identifique com certeza e rapidez o autor de um crime, existe também a insegurança advinda da possibilidade de invasão irreversível da intimidade do acusado, bem como o temor de que as informações mais íntimas do indivíduo possam ser coletadas e utilizadas de forma comercial para indicar suas aptidões, propensões a doenças, incapacidades etc. Nesse sentido, a Constituição garante o direito a intimidade e o coloca ao lado do direito a honra e a imagem em seu artigo 5º, inciso X. Dessa forma, é natural o temor em relação à realização de exames de DNA frente ao comando constitucional que assegura a intimidade.

Nesse contexto, o presente trabalho objetiva analisar, sob uma perspectiva garantista, alguns aspectos relativos à técnica propriamente dita visando demonstrar que os exames de DNA não representam ameaça à intimidade ou aos direitos individuais, mas, ao contrário, podem representar uma ferramenta de garantia desses direitos desde que sejam aplicadas de modo correto.

Para tanto, realizou-se análise bibliográfica acerca do tema, bem como análise comparativa da experiência alemã, espanhola, inglesa, norte-americana e brasileira. O modelo brasileiro foi ainda discutido dentro do contexto constitucional

atual. Além disso, dois casos paradigmáticos em relação ao tema foram apresentados e analisados: no caso Glória Trevi discute-se a realização de exames de DNA em face do direito a intimidade e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto e no caso Roberta Jamilly discute-se a realização desses exames em face do *Nemo Tenetur se Detegere*.

Dessa forma, o trabalho busca identificar os casos em que os exames de DNA podem ser validamente utilizados como prova no processo penal. Além disso, busca ainda determinar os limites de aplicação e utilização dessa técnica.

Essas questões apresentam grande relevância, uma vez que a legislação pátria prevê a possibilidade de coleta de material genético quando for “essencial” às investigações sem, contudo, determinar em quais casos essa coleta pode ser considerada essencial e sem considerar ainda o princípio da não autoincriminação.

Com efeito, é necessário primeiramente expor, ainda que em linhas gerais, a estrutura do sistema garantista. Tal exposição é realizada no primeiro capítulo que também estuda os desdobramentos do devido processo legal e o tratamento das provas no Processo Penal brasileiro. As limitações ao direito à prova são expostas e discutidas. Ainda nesse capítulo, o princípio da verdade real é questionado e contrastado com a verdade processual.

O segundo capítulo expõe os métodos mais comuns de identificação humana utilizados no processo penal e nas investigações policiais. As características desses vários métodos foram discutidas e comparadas com os exames de DNA e posteriormente observou-se a utilização dos exames genéticos em alguns países (Alemanha, Espanha, Inglaterra e Estados Unidos) comparando-se a prática internacional com a brasileira.

O terceiro capítulo analisa a relação dos exames de DNA com os direitos individuais e os interesses coletivos. O direito à vida, a presunção de inocência, o direito à intimidade e o *nemo tenetur se detegere* são discutidos dentro do contexto proposto. Além disso, a possível incidência de uma *biopolítica* e uma sociedade com controle por seleção genética é analisada.

Por derradeiro, as contradições na legislação brasileira acerca do tema são exploradas destacando-se duas possibilidades distintas, a saber: coleta durante as investigações policiais e coleta após a condenação transitada em julgado de pessoas condenadas por crimes com violência grave ou hediondos.

CAPÍTULO 1

1.1 Garantismo penal

Diante de todo o avanço tecnológico observado nas últimas décadas, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, a praxe forense incorporou grandes evoluções tecnológicas. Os processos em meios digitais multiplicam-se, as provas utilizadas adquirem cada vez mais um caráter de solidez advindo da dogmatização da ciência, e, devido à velocidade e facilidade de difusão das informações, os procedimentos tornam-se cada vez mais rápidos, mas não necessariamente mais eficientes. Tais modificações não afetaram somente a relação entre as partes das mais variadas relações jurídicas, mas também o modo de decidir dos juízes, principalmente no que tange à fundamentação das decisões.

Sendo assim, revelam-se ainda atuais os ensinamentos do jurista italiano Piero Calamandrei¹ que lembra que a palavra sentença decorre de *sentir*, ou seja, de sentimento que invariável e, via de regra, involuntariamente está presente nas decisões judiciais. Em outras palavras, uma decisão judicial pode estar carregada de simpatia ou antipatia, de compaixão, fúria, ódio, tristeza ou quaisquer outros sentimentos sendo eles contraditórios ou não, tendo em vista que tais decisões emanam de seres humanos que, por natureza, encontram-se submetidos às mais variadas paixões.

Ocorre que, dada a condição humana inerente à aplicação do Direito, sobretudo na esfera penal, é sempre possível que, durante a busca pela punição de uma injustiça cometida, olvidem-se garantias e direitos e, dessa forma, cometam-se absurdos ainda piores que os primeiros. Nesse sentido, o sistema penal deve não apenas buscar a punição do autor de um delito, mas também assegurar que não se perpetuem injustiças, bem como garantir que os direitos fundamentais – sejam eles individuais, coletivos ou sociais – sejam preservados. Em outras palavras, o sistema penal deve funcionar como um garantidor dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ferrajoli (1995) elenca dez princípios basilares de um sistema penal chamado por ele de *Sistema Garantista*. Segundo esse autor, quando tais pilares conectam-se de forma harmônica e sistemática constituem-se as “regras

¹ CALAMANDREI, Piero *Apud* Cais Previtalli, Cleide, **O processo tributário**, 5ª Ed. p.34

do jogo fundamental” do qual se incumbem o Direito Processual Penal e o Direito Penal².

Em rápida síntese pode-se elencar os princípios do Sistema Garantista da seguinte forma: 1) *Retributividade*; 2) *Legalidade*, segundo o qual não se concebe a condenação e aplicação de pena a alguém sem que exista expressa previsão legal autorizando tal ação; 3) *Necessidade do Direito Penal*. O Direito Penal é extremamente gravoso tendo em vista a possibilidade de eliminar a liberdade do réu. Sendo assim, deve ser utilizado somente quando absolutamente necessário e devem-se buscar outros meios de solução de conflitos; 4) *Lesividade do ato*. Além de previsto na lei o ato deve também ser lesivo; 5) *Materialidade*. Os atos que podem ser punidos devem efetivamente existir. Não se admite punição pela simples intenção de praticar um crime; 6) *Culpabilidade*. A responsabilidade penal deve sempre ser atribuída a quem praticou o delito. Para tanto o Estado deve ser capaz de demonstrar a culpabilidade, isto é, demonstrar que a pessoa que está sendo acusada é aquela que praticou o delito; 7) *Jurisdicionalidade*. O réu deve ser julgado por quem investido de competência; 8) *Acusatório*; 9) *Encargo da prova*. Não é o réu que deve provar sua inocência, mas sim o órgão acusador que deve provar a culpabilidade; 10) *Contraditório*. O acusado tem direito de saber do que está sendo acusado (qual é a acusação) para que seja possível, se quiser, defender-se das acusações.

Muitos outros princípios decorrem desse arcabouço ou encontram-se pareados a ele de modo que o garantismo é mais amplo que essa lista principiológica. Atualmente, por exemplo, não se pode imaginar um processo penal sem garantias constitucionais como o devido processo legal, o juiz natural e a impossibilidade de alguém ser obrigado a confessar ou admitir a prática de um delito.

Sendo assim, faz-se necessário entender a estrutura do processo penal brasileiro observando os momentos em que tais princípios, bem como comandos constitucionais, são mais frequentemente negligenciados. Uma vez feita essa análise será possível adotar procedimentos ou ferramentas que sejam capazes de diminuir ou mesmo evitar as ofensas ao texto constitucional e reforçar o Sistema Garantista.

² FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

1.2 O Devido processo legal

Os princípios orientam a correta aplicação das regras hierarquicamente inferiores, exercendo uma função criativa na exata medida em que delimitam o espectro de atuação do legislador e direcionam a produção de novas regras para que venham a complementar o sistema normativo ou o microssistema em que estejam inseridas. Os princípios são, dessa forma, o ponto de partida tanto para a inovação legislativa como para a correta interpretação do sistema jurídico existente³.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, LIV, o princípio do devido processo legal e, dessa forma, dá materialidade a uma verdadeira miríade de princípios processuais como o contraditório, a ampla defesa e a publicidade dos atos processuais. Segundo Magalhães Gomes Filho (1990), quando a Constituição determina um processo “justo” está necessariamente demandando que o confronto entre o poder punitivo estatal e o demandado seja feito em termos de equilíbrio, assegurando-se uma efetiva “paridade de armas”⁴.

Em verdade, o princípio do devido processo legal é o reitor de todo o arcabouço jurídico processual⁵. Segundo o supracitado dispositivo, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ou seja, tomando-se apenas o sentido literal do comando constitucional, para ser possível a aplicação de uma pena deve haver primeiramente um processo no qual sejam observadas todas as formalidades legais, bem como, é claro, todas as garantias presentes na própria Constituição. Isso implica que, para que uma pessoa possa ser privada de seus bens ou liberdade deve antes receber um tratamento justo e atravessar um procedimento designado para alcançar esse objetivo. Deve ser dada a oportunidade de ser ouvida e manifestar-se antes de ser emanada uma decisão, qualquer que seja. Em uma análise mais profunda desse princípio é possível dizer também que, para realizar-se de modo efetivo, deve existir a possibilidade de que, ao se manifestar, a pessoa possa influenciar na decisão final, ainda que essa decisão seja contrária aos seus interesses. Em outras palavras, ainda que não se obtenha uma decisão favorável, a pessoa deve ser ouvida e seus argumentos ou manifestações devem ser considerados, ainda que

³ DOS SANTOS LUCON, Paulo Henrique. Devido processo legal substancial.

⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. A reforma do processo penal brasileiro. **Justitia, São Paulo**, a, v. 52, p. 40-46, 1990.

⁵ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2012, p. 5

para serem contraditados e racionalmente afastados.

Hodiernamente, entende-se que o devido processo legal não deve ser definido e delimitado de modo preciso, mas sim ser compreendido em sua totalidade e amplitude⁶. Essa relutância em definir o referido princípio advém da prática norte-americana e se firma no medo de que uma ação nesse sentido resulte em uma interpretação restritiva ou limitadora da sua aplicação nos casos concretos. Nesse sentido, o Juiz da suprema corte norte-americana, Justice Felix Frankfurter, em seu voto no caso *Anti-Fascist Refugee Committee v. McGarth*, em 1951, mostrou que o devido processo legal não pode ser enclausurado dentro das trincheiras de qualquer fórmula e não é um instrumento mecânico:

"[D]ue process," unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. Expressing as it does in its ultimate analysis respect enforced by law for that feeling of just treatment which has been evolved through centuries of Anglo-American constitutional history and civilization, "due process" cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula. Representing a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government, "due process" is compounded of history, reason, and past course of decisions, and stout confidence in the strength of the democratic faith which we profess. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process"^{7,8}

Dessa forma, pode-se dizer que o devido processo legal apresenta duas dimensões, quais sejam: devido processo legal formal (procedural due process) e devido processo legal substancial (substantive due process).

1.2.1 O Devido processo na acepção tradicional – Procedural due process

A dimensão formal do *due process of law*, apesar de sua inegável importância, é limitada e restringe-se ao enfoque estritamente processualístico. Uma série de garantias surge dessa dimensão. A primeira e mais direta delas é a

⁶ DOS SANTOS LUCON, Paulo Henrique. Devido processo legal substancial.

⁷ RE, Edward D. Due Process, Judicial Review, and the Rights of the Individual. *Clev. St. L. Rev.*, v. 39, p. 7, 1991.

⁸ Livre tradução: devido processo legal, "ao contrário de algumas normas legais, não é uma concepção técnica com um conteúdo fixo não relacionado ao tempo, lugar e circunstâncias. Se expressa, em última análise, pelo sentimento de respeito ao cumprimento da lei e pelo sentimento de tratamento justo que foi desenvolvido ao longo de séculos de tradição histórica constitucional Anglo-Americana e civilização, "devido processo" não pode ser aprisionado dentro dos limites traiçoeiros de qualquer fórmula. Representando uma profunda atitude de justiça entre homem e homem, e mais particularmente entre o indivíduo e o governo. O devido processo legal não é um instrumento mecânico. Não é um ponto de referência. É um processo. É um delicado processo de ajuste que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento do processo.

necessidade de um processo racionalmente ordenado - *orderly proceeding*⁹.

Nessa dimensão clássica, o juiz, no caso concreto, deve observar os princípios processuais e as formalidades legais durante a condução do instrumento estatal para o exercício do poder punitivo monopolizado pelo Estado. Em outras palavras, o processo deve ser justo e participativo, de modo que as partes possam atuar verdadeiramente tendo espaço para manifestarem suas opiniões e pontos de vista e, a partir de tais manifestações, possam influenciar no resultado. Não se concebe, com efeito, um processo penal no qual não há espaço para que o acusado manifeste-se ou ainda que o faça não se considerem suas manifestações.

1.2.2 O Devido processo legal substancial – Substantive due process

No mesmo esteio que a doutrina norte-americana, no Brasil há também certa aversão à limitação do devido processo legal. Com efeito, Antônio Roberto Sampaio Dória (2006) defende que “o conteúdo substantivo do *due process of law* é, pois, e deve continuar, insuscetível de confinamentos conceituais”¹⁰. De fato, tais confinamentos conceituais, a pretexto de representar maior facilidade na aplicação do princípio, realizam muito bem a operação oposta, qual seja: limitar as garantias dele decorrentes e a sua amplitude dificultando sua aplicação em muitos casos concretos.

O processo devido, isto é justo, não é aquele em que se assegurem apenas as exigências formais. Não há qualquer dúvida de que tais exigências devem, de fato, ser observadas, contudo, mesmo com a estrita observância delas, é possível que emanem decisões injustas. Nesse sentido, o devido processo substancial encontra-se ligado ao campo da elaboração e da interpretação das normas jurídicas. Seu objetivo é evitar a atividade legislativa abusiva e desarrazoada, bem como ditar uma interpretação razoável no momento da aplicação das normas jurídicas. Trata-se de verdadeira ferramenta de controle do Poder Público.

No âmbito do Direito Penal e do Processo Penal esse controle advindo do *substantive due process* mostra-se cada vez mais importante tendo em vista a crescente tendência de recrudescimento da legislação, frente à incapacidade do Estado em implementar soluções eficazes. Nesse aspecto, o aumento de penas abstratas e a criação de uma infinidade de leis em matéria penal são somente reflexos

⁹ SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto, **Direito constitucional tributário e *due process of law***, n. 5, pp 12 – 14 *Apud* DOS SANTOS LUCON, Paulo Henrique. Devido processo legal substancial.

¹⁰ Idem, *ibidem*

de uma situação de estagnação dos políticos que não sabem o que propor, não possuem espaço para propor, não conhecem a realidade ou não querem modifica-la¹¹ e, dessa forma, escolhem a solução mais barata, mais midiática e menos eficiente: criar mais e mais leis penais.

Para demonstrar o entendimento da mais alta corte brasileira acerca do devido processo material destaca-se o seguinte trecho do Habeas Corpus 96905/RJ de relatoria do Ministro Celso de Mello:

ABRANGÊNCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO “*DUE PROCESS OF LAW*”, QUE COMPREENDE, DENTRE AS DIVERSAS PRERROGATIVAS DE ORDEM JURÍDICA QUE A COMPÕEM, O DIREITO À PROVA.

A garantia constitucional do “*due process of law*” abrange, em seu conteúdo material, elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas:

- (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário);
- (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação;
- (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas;
- (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica);
- (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”;
- (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual);
- (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO);
- (h) direito ao benefício da gratuidade;
- (i) direito à observância do princípio do juiz natural;
- (j) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 99.289/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO);
- (l) direito de ser presumido inocente (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória (RTJ 176/805-806, Rel. Min. CELSO DE MELLO); e
- (m) direito à prova.

1.3 O Contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência.

Uma vez que, segundo Rangel (2012), a estrutura do processo penal é construída sobre o pilar do devido processo legal é natural observar que os princípios

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Desafios do Direito Penal na era da globalização. *Cidadania e Justiça*. Ano, v. 2, pp. 27 e ss, 2001.

do contraditório e da ampla defesa encontram-se intimamente ligados ao *due process of law*, de modo que não há um sem que existam os outros. Em outras palavras um processo devido é aquele em que se observam o contraditório e a ampla defesa sendo esses dois princípios exigências imprescindíveis ao exercício democrático do poder jurisdicional do Estado.

A Constituição de 1988 determina, em seu artigo 5º, LV, que:

Art. 5º [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Com esse dispositivo a Carta Magna brasileira insere no ordenamento jurídico pátrio os princípios do contraditório e da ampla defesa garantindo aos acusados em geral os meios e recursos necessários para que eles sejam concretizados. Esses princípios encontram-se umbilicalmente ligados entre si de modo que a instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa¹², pois é impossível haver processo legal sem que seja dado ao acusado o direito de desdizer, contradizer ou explicar as acusações que lhe são imputadas. Não é por acaso que esses princípios encontram-se reunidos no mesmo dispositivo Constitucional.

Tamanha é a importância do tema que o Pacto de São José da Costa Rica¹³, aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 27 de 26.5.1992, faz previsão semelhante em seu artigo 8º, Vejamos:

Artigo 8º. Garantias Judiciais

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O contraditório pode ser decomposto em duas garantias, a saber: a garantia de participação representada pelo direito de ciência e comunicação e a garantia de possibilidade de influenciar na decisão. A primeira pode ser entendida como a dimensão formal desse princípio e refere-se à certeza de ser ouvido, de

¹² RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2012, p. 5

¹³ HUMANOS, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS. PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA.

participar no processo e de ser comunicado. Nesse sentido, Antônio Scarance Fernandes (2005) entende que “no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo”.¹⁴

Ocorre, contudo, que o contraditório pleno não se limita ao seu aspecto formal, isto é, não se resume a contradizer as acusações, mesmo que com oportunidades formalmente iguais. Há ainda uma dimensão material representada pela garantia de poder influenciar na decisão. A simples participação no processo de modo meramente formal não garante a incidência do contraditório se os argumentos não forem ao menos considerados. Deve haver a possibilidade de que a decisão a ser emanada leve em consideração a argumentação apresentada.

Nesse sentido, é possível imaginar a seguinte situação: em um julgamento pelo tribunal do júri, enquanto o advogado do réu realiza a defesa técnica ou enquanto o réu é interrogado, os jurados dormem ou divagam sem dispensar qualquer atenção à argumentação. Ao final, reúnem-se em sala secreta e decidem pela condenação do acusado. Nesse exemplo, o contraditório formal foi garantido, uma vez que o réu teve, de fato, a possibilidade de participar do processo, contudo não houve o contraditório substancial ou material, tendo em vista o fato de que os jurados sequer consideraram suas alegações. Nesse caso, é natural que também se afirme que não se observou o princípio da ampla defesa. Isso ocorre devido ao fato de que a ampla defesa pode ser entendida como sendo o aspecto substancial do contraditório, dada a relação umbilical existente entre ambos os princípios.

Se o exemplo anterior parece distante ou mesmo surreal, é possível evocar a decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus de número 34343/MG da 6ª Turma e de relatoria do Ministro Paulo Medina, da qual se destaca a seguinte passagem:

[...] o cerceamento da defesa configura-se na hipótese em que o julgador, diante da clara e expressa manifestação da parte, não se ocupa de examinar seu argumento, despreza-o, relegando-o ao esquecimento¹⁵

Sendo assim, a desconSIDERAÇÃO da argumentação da parte é, ao mesmo tempo, patente cerceamento da defesa e inobservância do aspecto substancial do contraditório.

¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. Editora Revista dos Tribunais, Pg. 61, 2005.

¹⁵ STJ, HC n. 34343/MG, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU 2.06.2004, p. 261

Outra construção decorrente do pilar do devido processo legal é o princípio da presunção de inocência. Paulo Rangel (2012) defende que:

“O marco inicial dessa concepção encontra-se na Europa Continental do século XVIII quando se fez necessário proteger o cidadão da força opressora de um sistema processual penal inquisitorial movido por um Estado que buscava a condenação a qualquer preço”

Segundo a concepção tradicional desse princípio o réu deve ser considerado inocente até que sobrevenha a definitiva condenação. Essa é uma forma de impedir que o Estado atue de forma degradante e exagerada em relação à pessoa do acusado. Sendo assim, qualquer medida de coerção pessoal contra o acusado somente deve ser realizada se possuir um caráter cautelar extremamente necessário. Decorre disso a impossibilidade de se praticar prisão sem caráter cautelar antes do trânsito em julgado. Cabe ainda ressaltar que o ente estatal não pode tratar o indiciado e nem mesmo o acusado como se condenado fosse. Segundo autores como Magalhães Gomes Filho (1990), o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII) quando combinado com a previsão de responsabilização do Estado por erro judicial (art. 5º, inc. LXXV) leva à conclusão de que o tempo de prisão sofrida a título cautelar deve ser objeto de indenização sempre que se chegar a uma absolvição no final do processo, e até mesmo nos casos de condenação se o prazo fixado na sentença for menor do que aquele cumprido anteriormente¹⁶.

Se por um lado as pessoas execram de modo furioso a atuação expiatória exagerada do Estado, alguns setores da sociedade realizam uma espécie de suplício moral que se desenvolve de modo independente do processo penal e à revelia de qualquer garantia constitucional. Dessa forma, é possível defender a ideia de que o princípio da presunção de inocência caminhou (e continua a fazê-lo) para uma nova dimensão de proteção não apenas contra o arbítrio do Estado, mas também contra o arbítrio social. Através desse princípio busca-se inserir no processo penal certa medida de racionalidade.

Ocorre que, principalmente em casos de grande comoção, a presunção de inocência tende a ser esquecida pela imprensa e pela sociedade em geral. Basta haver uma suspeita para que a pessoa, sua família, seu trabalho etc. sejam devassados e despidos em público. Isso quando não há linchamento físico ou moral

¹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. A reforma do processo penal brasileiro. **Justitia**, São Paulo, a, v. 52, p. 40-46, 1990.

ou ainda tentativas de realização de “justiça” com as próprias mãos. Tal efeito surge, em grande medida, devido ao fato de que o direito processual penal como um todo não é visto como ferramenta de garantia de direitos individuais, mas sim apenas como uma ferramenta de aplicação do direito penal. Isso faz com que, em geral, as pessoas não se sintam como destinatárias das garantias do processo penal, afinal o destinatário de tais garantias é o criminoso, o “bandido” etc. Essa visão representa uma ideologia que tem sua origem na busca pela verdade real, conforma-se ao Processo Penal do inimigo e, por conseguinte, contrasta visceralmente com o cenário democrático-constitucional atual¹⁷.

No direito brasileiro o princípio da presunção de inocência encontra-se previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Deve-se notar que o texto magno não traz, *ipsis litteris*, uma presunção de inocência, mas sim de uma não culpabilidade. Tal distinção apresenta relevo tendo em vista o fato de que o processo não se resume em um binômio culpado-inocente. Tal entendimento é extremamente reducionista e desconsidera que, infelizmente, a justiça não faz sofrer apenas o culpado em decorrência de sua culpa, mas também a pessoa na posição de acusado ou indiciado até que se saiba culpado ou inocente. Esta é, infelizmente, uma necessidade inerente ao processo¹⁸.

Nesse sentido, alguns autores, como o sociólogo norte-americano Amitai Etzioni, defendem que há uma espécie de gradação natural entre o estado de inocência e o momento em que o agente é considerado culpado¹⁹. Essa gradação, contudo, possui origem e fundamentos sociológicos e será estudada em momento oportuno. Por enquanto, deve-se ter em mente que a tese proposta pelo sociólogo em nada ofende a ideia de que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ao contrário, quando entendido e associado a tecnologias que diminuem as dúvidas que surgem durante a persecução penal, pode representar uma possibilidade de reduzir o sofrimento apontado por Carnelutti, vejamos:

Infelizmente, a justiça humana está feita de tal maneira que não somente se faz sofrer os homens porque são culpados, senão também para saber se são

¹⁷ KHALED JR, Salah H. A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p.2 *Apud* Revista **Consultor Jurídico**, 4 de julho de 2014, 08:01 (acesso 02/08/2014; 17h47min; <http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/busca-verdade-processo-penal-alem-ambicao-inquisitorial>)

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco; MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. As misérias do processo penal. Editora Pillares, 1995. Pág. 43

¹⁹ ETZIONI, Amitai. DNA tests and databases in criminal justice: individual rights and the common good. DNA and the criminal justice system: The technology of justice, p. 197-223, 2004.

culpados ou inocentes. Esta é, infelizmente, uma necessidade, à qual o processo não pode se subtrair, nem sequer se seu mecanismo fosse humanamente perfeito.²⁰

Sendo assim, se a justiça não faz sofrer apenas o culpado, mas também o acusado esse sofrimento deve ser minimizado e uma das formas de fazer isso é justamente observar que, pela leitura do Artigo 5º, LVII, da Constituição cabe, à luz do sistema processual penal acusatório, ao Estado provar a culpa do acusado. Não é o réu quem deve provar sua inocência – uma vez que esse estado de inocência ou, pelo menos, de não culpabilidade é presumido para qualquer pessoa - a ele (acusado) cabe defender-se das acusações feitas através das possibilidades conferidas pelo contraditório e pela ampla defesa. Cabe ainda apresentar alibis sem a necessidade de comprová-los, uma vez que é obrigação do Estado apontar a inexistência do alibi apresentado, bem como realizar a acusação e provar os fatos alegados. Sendo assim, cabe ao Estado produzir provas válidas das suas alegações. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do Habeas Corpus 73338/RJ, do Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria é do Ministro Celso de Mello:

O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL.

A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral.

Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório.

Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes.

Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se

²⁰ CARNELUTTI, Francesco; MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. As misérias do processo penal. Editora Pillares, 1995. Pág. 43

qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambigüidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet.²¹

Outra importante decorrência do princípio da presunção de inocência é o *nemo tenetur se detegere* que representa a impossibilidade de exigir-se que alguém abandone sua condição de inocência. Cuida-se de direito à não autoincriminação que assegura esfera de liberdade ao indivíduo, oponível ao Estado e que não se resume ao direito ao silêncio²². Corolário direto desse princípio é o entendimento de que ninguém pode ser punido por não se incriminar ou não cooperar, ou seja, não pode haver qualquer punição decorrente da intenção do acusado de se manter em estado de inocência ou de não cooperar com a persecução penal, mesmo que exista norma prevendo tal obrigatoriedade. No processo penal não vigora e não pode vigorar o adágio popular de que “quem cala consente”.

O objetivo do princípio do *nemo tenetur se detegere* é proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se o resguardo contra a violência física e moral utilizadas para fazer com que o indivíduo seja compelido a cooperar com a investigação²³.

Uma vez que cabe ao Estado, enquanto detentor do direito de punir e frente ao princípio da presunção de inocência, provar as acusações é possível que expedientes como a tortura física e mental sejam utilizados na tentativa desesperada de provar as alegações que realiza.

Pode ainda o Estado utilizar-se de expedientes diversos, mas igualmente absurdos como, por exemplo, a previsão encontrada no inciso IV do artigo 174 do Código de Processo Penal, vejamos (com grifo nosso):

Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:
I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;
II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de

²¹ HC-73338/RJ. Habeas Corpus. Relator Ministro Celso de Mello. Publicação DJ: 19/12/199, p 51766. Julgamento 13/08/1996. Primeira Turma

²² QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2003. P. 131

²³ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2003. P. 131

seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV - **quando não houver escritos para a comparação** ou forem insuficientes os exibidos, **a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado**. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

Nota-se que se o ente estatal não lograr êxito na obtenção de padrões para o exame grafotécnico, conforme os incisos I, II e III, poderá compelir a pessoa a produzir a prova por meio de uma espécie de ditado. Pela leitura do trecho transcrito, que se a pessoa se negar a fornecer padrões poderá ser processada por desobediência. Ocorre que essa previsão do inciso IV do artigo 174 do Código de Processo Penal é incompatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que, como dito anteriormente, ninguém pode ser punido por não querer abandonar seu estado de inocência ou não cooperar com a persecução penal. Dessa forma, o Estado transfere para o acusado – ou mesmo para o indiciado – o ônus de sua incapacidade probatória.

Nesse mesmo sentido, destaca-se o seguinte trecho do *Habeas Corpus* HC 77135/SP, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE.

Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio.

É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.

Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174.

Habeas corpus concedido.

1.4 A Verdade e a verdade processual

O artigo 209 do Código de Processo Penal brasileiro confere alguns poderes instrutórios ao juiz de modo que o julgador de um processo penal em curso pode, em tese, atuar diretamente na produção de provas, in verbis:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes.

Segundo autores de inquestionável tradição como Guilherme de Souza Nucci²⁴, trata-se da incidência do princípio da busca da verdade real vigente no processo penal. Nesse diapasão, a verdade real se materializa como sendo a busca pela reconstrução fiel de um evento pretérito. Caso essa reconstrução não possa exsurgir de modo espontâneo no decorrer do processo ela poderá ser alcançada pelo poder instrutório conferido ao juiz “quando julgar necessário”. Devido a esse princípio, o Estado, enquanto detentor do *jus puniendi*, somente poderá aplicar a pena contra aquele que, com certeza, praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa. Para que se chegue a essa certeza que habilita o exercício do direito de punir o Estado pode investir o juiz de poderes que lhe são estranhos.

Não nos parece correto o entendimento de que o princípio em comento deve estar presente no processo penal como uma espécie de farol indicando o rumo a ser seguido. O que ocorre é que o objeto desse princípio, qual seja, a verdade que é em si mesma, simplesmente não existe. Se a verdade real é um ideal a ser seguido, ainda que se saiba ser impossível alcançá-la, corre-se o risco de olvidarem-se as questões mais tangíveis e, por conseguinte, mais importantes. A escritora Cecília Meirelles (1901 – 1964) revela de modo poético, em seu poema Canção da Tarde no Campo, o perigo de um ideal demasiado distante: “De tanto olhar para longe, não vejo o que passa perto. Subo monte, desço monte, meu peito é puro deserto”²⁵.

Ainda com relação à existência de uma verdade inexorável a ser buscada no seio do processo penal, deve-se considerar que um mesmo fenômeno pode apresentar-se de modos completamente diversos – e, de fato, o faz – na consciência de cada um de nós.

A percepção de que a verdade não é um objeto rígido e imutável não é uma

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza; “Código de Processo Penal Comentado”; Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 476.

²⁵ Meirelles, Cecília; AFFONSO, Eleonora. Ou isto ou Aquilo. Civilização Brasileira, 1977

construção atual. Já na antiguidade a observava-se certa relativização desse conceito, uma vez que, segundo o filósofo grego Protagoras, “O homem é a medida de todas as coisas”. Nesse mesmo sentido, assevera Tomás de Aquino, durante a Idade Média, que, se todos nós fossemos intelectualmente iguais:

No tocante ao mesmo objeto, a minha compreensão seria igual à tua, o que é impossível, pois, sendo diferentes os agentes, diversa será também numericamente a ação de uns e de outros²⁶.

Esse entendimento não quer dizer, contudo, que não exista uma verdade ou que ela seja sempre absolutamente intangível ou relativa. De modo algum. Até mesmo porque se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002). Não se busca aqui negar as certezas de modo a relativizar inclusive o óbvio, mas sim mostrar que esse ideal de verdade autêntica e absoluta quando perseguido no âmbito do processo penal é falacioso, pois a pretexto de exigir-se uma correta aplicação do direito de punir do Estado – o que seria louvável – justifica-se uma atuação inquisitorial na qual o papel de acusador se mescla, ainda que em maior ou menor grau, com o do julgador.

A certeza construída no seio do processo não é, de modo algum, arbitrária, aleatória ou inferior à verdade idílica do princípio supracitado. Essa certeza rigorosa, construída em um processo devido e sujeita a controles específicos como o contraditório e a ampla defesa, chama-se verdade processual.

Nesse sentido, quando se analisa o fato típico é possível entendê-lo como sendo uma previsão genérica que deve amoldar-se à realidade em certa medida para que seja possível atribuir a sua prática a alguém. Sendo assim, é fácil comprovar que há um cadáver em determinado local – basta comparecer ao local designado e verificar a veracidade do fato alegado (via de regra o Perito Criminal realiza esse trabalho) –, contudo tarefa muito mais árdua é verificar se alguém matou intencionalmente a pessoa cujo cadáver foi encontrado. Dessa forma, o fato típico descrito na denúncia denota uma pretensão *juris tantum* de verdade; o processo, portanto, circula em torno dessa pretensão e não em torno da verdade real²⁷.

²⁶ ATAÍDE ALVES, Fábio Wellington; “A Renovação Conceitual da Capacidade de Convencimento do Juiz: Uma Crítica à Busca da Verdade Real Pelo Processo Penal”, Revista Eletrônica Constituição e Garantia de Direitos, Ano I, Vol. 2; págs. 3 e 4. *Apud* “O ente e a Essência; Proêmio; Questões Discutidas sobre a Verdade; Súmula contra os Gentios; Compêndio de Teologia; Seleção de Textos da Suma Teológica” São Paulo, Editora Nova Cultura, 2000, p. 185

²⁷ ATAÍDE ALVES, Fábio Wellington; “A Renovação Conceitual da Capacidade de Convencimento do Juiz: Uma Crítica à

A comprovação de um fato típico não ocorre como em um experimento físico ou químico que pode ser perfeitamente reproduzido em condições semelhantes em qualquer laboratório ao redor do mundo. A comprovação inexorável de um fato típico é muito mais complexa e também não pode ser feita através do processo, haja vista a grande quantidade de interesses e vaidades inerentes a ele, bem como a pluralidade de atores presentes.

Ainda que se admitisse uma busca pela verdade real, dada a intensidade do valor romântico a ela atribuído, o processo penal não seria o melhor instrumento para que se alcançasse esse objetivo, uma vez que a atuação das partes na produção das provas, bem como a possibilidade de submete-las às garantias constitucionais altera substancialmente a verdade real. A verdade real não pode ser alcançada através de uma metodologia rígida sob pena de forjar-se uma outra realidade. Em outras palavras, o processo penal não é o instrumento idôneo para determinar a verdade real ou comprovar inexoravelmente o fato típico.

Por outro lado, dizer que no processo penal deve vigorar o princípio da verdade processual em detrimento do princípio da verdade real não significa dizer que ao decidir o juiz deve fechar os olhos à realidade. O sistema do livre convencimento impõe uma conduta de respeito ao conteúdo dos autos, contudo esse conteúdo nem sempre é verdadeiro tendo em vista o fato de que testemunhas podem esquecer os fatos, peritos podem errar, os interrogados podem mentir etc.²⁸. O juiz deve estar atento, sempre que possível, a essas possibilidades. Deve ainda ter em mente o caráter instrumental do processo sendo que ele (o processo) é uma ferramenta de efetivação de garantias e direitos individuais assegurados na Constituição e não somente uma ferramenta de aplicação do direito penal.

Durante a Idade Média, vigorou uma violenta e incisiva busca pela “verdade real”. Esse ideal intangível forneceu subsídios ao sistema inquisitório e justificou o exercício da tortura para a obtenção da confissão. Ainda que hodiernamente se acredite que jamais será possível regredir a esse patamar, é possível observar o juiz contemporâneo abandonar a imparcialidade – que é verdadeira garantia de prestação jurisdicional justa – e revestir-se de poderes persecutórios para buscar a verdade real que entende encontrar-se ao alcance dos instrumentos do processo. A decisão penal não se legitima pela nivelação probatória da verdade real, mas sim pela obediência

Busca da Verdade Real Pelo Processo Penal”, Revista Eletrônica Constituição e Garantia de Direitos, Ano I, Vol. 2; P. 4.

²⁸ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Pg.8, 2012

às garantias constitucionais quando da instrução²⁹.

Essa busca pela verdade pode dar origem a uma *ambição de verdade* que, como dito anteriormente, designa uma ideologia que se conforma a um Processo Penal do inimigo, manifestamente contrário ao nosso cenário democrático-constitucional. Sendo assim, é necessário defender o Processo Penal democrático fundado na presunção de inocência e lutar contra o Processo Penal do inimigo, fundado na ambição de verdade³⁰.

O objetivo não é tornar o juiz uma máquina que deve julgar de modo mecânico sem nem mesmo tomar conhecimento de fatos que podem vir a compor os autos do processo. De modo algum. O que se objetiva é impedir uma inquietação inquisitiva de se extrair do passado uma verdade absoluta que, no limite, não existe e nem pode existir através do processo penal.

Independentemente da vigência ou não da verdade real no processo penal, deve haver limites à busca perpetrada pelo Estado para realizar ou embasar uma denúncia e posteriormente uma condenação. O mais amplo desses limites é justamente o devido processo legal. Se uma condenação for embasada em uma atuação ilegal haverá nulidade do processo. Ademais, em um Estado democrático de direito, o ente estatal que cria as normas também se submete a elas devendo observar fielmente as Leis que cria.

Roberto Tardelli, promotor de justiça aposentado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em entrevista publicada em 22 de setembro de 2014, no site “Jota”³¹, quando questionado sobre o rumo tomado pelo Ministério público, mostra o perigo da pretensa luta contra uma criminalidade abstrata e a existência de um direito penal e um processo penal do inimigo:

O MP está se tornando o Tea Party. Há vinte anos, a instituição era muito diferente. Achávamos que seríamos ombudsman da sociedade. Viramos tutores do povo. Quer dizer, o MP virou. A instituição recepciona gente que vem para declarar guerra contra o crime. Virou o Ministério Público do inimigo.

[...]

Em nome do discurso contra a impunidade, justifica-se tudo. A impunidade não é a mãe de todos os males. É consequência de uma sociedade que está

²⁹ ALVES, Fábio Wellington Ataíde. A renovação conceitual da capacidade de convencimento do juiz: uma crítica à busca da verdade real pelo processo penal. Constituição e Garantia de Direitos, v. 1, n. 2, 2007.

³⁰ KHALED JR, Salah H. A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. p.2 *Apud* Revista **Consultor Jurídico**, 4 de julho de 2014, 08:01 (acesso 02/08/2014; 17h47min; <http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/busca-verdade-processo-penal-alem-ambicao-inquisitorial>)

³¹ <http://jota.info>

se fragmentando.³²

Outro limite ao poder punitivo do Estado refere-se ao manejo das provas. Uma vez que, de acordo com a presunção de inocência, cabe ao ente estatal produzir os elementos probatórios que vão embasar uma condenação e, sendo assim, deverá fazê-lo de modo idôneo e eficiente. Nesse sentido, a prova assume lugar de destaque no processo penal tendo em vista tratar-se de elemento central sob o qual pode repousar tanto a atuação do Estado quanto a atuação do réu.

1.5 A prova no processo penal

A palavra “prova” deriva do latim “*probatio*”, podendo ser traduzido como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto dando origem ao verbo “*probare*”³³. No campo jurídico, pode-se definir “prova” como sendo o meio instrumental lícito utilizado pelos sujeitos processuais (autor, réu e juiz) para comprovar os fatos por eles alegados³⁴.

Em outras palavras, pode-se dizer que a prova é a verificação do *thema probando*, ou seja, o instrumento utilizado para realizar a verificação das alegações das partes. Sendo assim, o destinatário imediato da comprovação é o juiz que formará seu convencimento através dos elementos trazidos ao processo pelas partes. Pode-se dizer que o destinatário mediato ou secundário da prova é exatamente a parte contrária que tem interesse em avaliar a veracidade, licitude ou aplicabilidade do instrumento de convencimento utilizado.

Dessa forma, a prova representa importante elemento na formação da convicção do juiz sendo ainda, segundo alguns autores, uma forma de o espírito humano apoderar-se da verdade³⁵. Em que pese a beleza do romantismo dessas palavras, o espírito humano jamais poderá apoderar-se dessa verdade derradeira. O que é possível, como exposto acima, é a construção de uma realidade decorrente do cerne do processo. De qualquer sorte, trata-se de elemento necessário à formação da

³² <http://jota.info/materias29-roberto-tardelli-o-mp-esta-se-tornando-o-tea-party>, acessado em 24 de setembro de 2014 às 22h45min.

³³ DOREA, Luiz Eduardo Carvalho; STUMVOLL, Victor Paulo; QUINTELA, Victor. Tratado de perícias criminalísticas: criminalística. Millennium, Campinas, 2003., Pág. 71

³⁴ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 2009. Pág. 442

³⁵ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução e notas de Ricarco Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, pg.15.

convicção do juiz.

Uma vez formado o convencimento do juiz, sua sentença deve refletir a verdade alcançada no âmago do processo penal com todas as garantias individuais imprescindíveis à validade da aplicação da pena. A decisão final deve ser fundamentada no material probatório obtido no processo, salvo exames irrepetíveis realizados na fase de inquérito, conforme o Artigo 155 do Código de Processo Penal – perícias dos locais de crime, por exemplo. Com efeito, não se admite condenação realizada unicamente com base em elementos meramente informativos do inquérito policial.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal expôs, através do RE 287658/MG, entendimento no sentido de que condenações fundadas apenas em testemunhos prestados no inquérito representam ofensa ao contraditório. Vejamos a ementa do referido acórdão (grifos nossos):

I. Habeas corpus: falta de justa causa: inteligência. 1. A previsão legal de cabimento de habeas corpus quando não houver "justa causa" para a coação alcança tanto a instauração de processo penal, quanto, com maior razão, a condenação, sob pena de contrariar a Constituição. 2. Padece de falta de justa causa a condenação que se funde exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial.

II. Garantia do contraditório: inteligência. Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em testemunhos prestados no inquérito policial, sob o pretexto de não se haver provado, em juízo, que tivessem sido obtidos mediante coação (STF, Primeira Turma, RE 287658/MG , rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16/09/2003)

No caso em comento ao réu fora indiciado pelo crime de tráfico de drogas – artigo 12 da antiga lei 6.368/76 –, contudo o juiz de primeiro grau entendera tratar-se do crime previsto no artigo 16 do mesmo diploma legal. O Ministério Público recorreu ao Tribunal de Justiça Estadual que reformou a decisão do juízo de primeiro grau fundamentando a reforma no fato de que, durante depoimentos prestados em sede de inquérito policial, o acusado fora apontado por onze usuários como sendo traficante. Esses depoimentos não foram confirmados em juízo sendo que muitos dos depoentes alegaram terem sido coagidos a depor contra o acusado.

Nota-se que a recusa do Supremo Tribunal Federal em aceitar condenações baseadas apenas em provas produzidas em sede de inquérito policial possui sólido fundamento na impossibilidade de realizar um contraditório efetivo durante essa fase. Dessa forma, não é possível haver devido processo legal, uma vez

que anulam-se ou diminuem-se consideravelmente as possibilidades de defesa. Além disso, o ambiente inquisitorial de persecução penal é propício para a produção de provas ou alegações injustas ou mesmo falsas advindas apenas do desejo de condenar o acusado.

Nesse sentido, é possível mencionar o caso de dois irmãos norte-americanos que permaneceram presos por 39 (trinta e nove) anos condenados por um crime de homicídio no qual a principal testemunha era um garoto de 13 anos que, recentemente, retratou seu testemunho. Wiley Bridgeman e Ricky Jackson foram exonerados das acusações e soltos no dia 21/11/2014 após Eddie Vernon (a principal testemunha) ter se retratado em 2013. Vernon descreveu ameaças feitas pelos investigadores da polícia de Ohio. Segundo o Juiz Richard McMonagle, responsável pela decisão que retirou as acusações contra Jackson e Bridgeman, “a vida é cheia de pequenas vitórias e esta é uma das grandes”.

1.5.1 Objeto e classificação das provas

Uma vez demonstrada a inquestionável importância da produção de provas para o processo penal faz-se necessário determinar as formas e o objeto da prova para então proceder à sua classificação e à exposição dos princípios que norteiam a sua produção e utilização.

Sendo assim, o objeto da prova é a coisa, o fato, o evento que deve ser conhecido pelo juiz, para que ele emita um juízo valorativo, e pelas partes. Em outras palavras, trata-se do fato cuja existência deve ser reconhecida. No processo penal, os fatos, controvertidos ou não, precisam ser validados em virtude do princípio do devido processo legal, mesmo que o réu confesse os fatos narrados na denúncia³⁶.

Objeto da prova não se confunde com objeto de prova. Esse último refere-se à fatos ou coisas que devem ser alvo de exames, devem ser objeto de prova. Essa diferenciação é relevante tendo em vista que fatos notórios não necessitam de dilação probatória. Sendo assim, não é necessário demonstrar os fatos notórios, isto é, aqueles que são de conhecimento de qualquer pessoa minimamente informada como datas comemorativas, por exemplo. Camargo Aranha assevera que:

[...] se o objeto da prova é formar a convicção do julgador a respeito de um determinado fato, sua existência e realização, se o fato é evidente, a

³⁶ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 2009. Pág. 442

convicção já está formada, dispensando, destarte, qualquer demonstração, isto é, as verdades axiomáticas do mundo do conhecimento não carecem de prova³⁷

Se o Ministério Público, por exemplo, imputa o crime de homicídio doloso qualificado por motivo fútil a determinada pessoa, o objeto da prova é o homicídio, a morte da vítima em decorrência de motivo insignificante; o objeto de prova, por sua vez, pode estender-se a diversos elementos. Com efeito, podem ser alvo de exames: o corpo da vítima, a cena do crime, a arma encontrada na casa do acusado, o material biológico encontrado na lixeira da residência da vítima etc.

Quanto à sua forma, pode-se classificar a prova como testemunhal, documental ou material³⁸. No primeiro caso, um indivíduo é chamado a depor para que explicita a sua experiência pessoal com o caso em comento. Uma testemunha pode ser uma pessoa que presenciou o fato, bem como uma pessoa que tenha contato com a vítima ou o acusado, por exemplo. É possível ainda que a vítima ou o acusado produzam essa espécie de prova através de depoimentos ou acareações.

A prova documental é aquela produzida por afirmações escritas ou gravadas e a material, por seu turno, é aquela que é representada por elementos materiais que ajudam na formação da convicção. Uma prova material, como uma faca, pode dar origem à uma documental como um laudo de caracterização de objeto. O mesmo pode ocorrer com a modalidade testemunhal, uma vez que um depoimento em um processo pode ser admitido em outro com a qualidade de prova documental.

1.5.2 Comunhão e liberdade das provas

Anteriormente definimos que os princípios orientam a correta aplicação das regras hierarquicamente inferiores, exercendo uma função criativa na exata medida em que delimitam o espectro de atuação do legislador e direcionam a produção de novas regras para que venham a complementar o sistema normativo ou o microssistema em que estejam inseridas. Nesse sentido, as provas possuem também princípios característicos sendo que alguns deles apresentam inquestionável importância para o entendimento da estrutura probatória inserida no processo penal.

Uma vez que o processo, além de ferramenta de efetivação de garantias e direitos individuais assegurados na Constituição é também o único meio idôneo para

³⁷ ARANHA, AJQT de C. Da prova no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1994. Pág. 26

³⁸ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 2009. Pág. 446

a aplicação do Direito Penal é necessário que as partes tenham igual poder de fogo, isto é, tenham paridade de armas. Essa paridade representa um aspecto endoprocessual da isonomia e, quando aplicada ao manejo das provas, conduz à vários entendimentos. Sendo assim, se considerarmos a isonomia das partes que compõem o processo aliada à ideia da verdade processual teremos o entendimento de que uma prova produzida por uma parte aproveita também à outra. Trata-se do princípio da comunhão das provas. Uma vez inserido no processo, o mecanismo probatório pertence à todos os sujeitos sendo possível ser utilizado pelo julgador tanto para fundamentar uma condenação quanto uma absolvição.

Dessa forma, a parte que produziu a ferramenta probatória não poderá desistir dela uma vez que se encontre nos autos. Com efeito, pode-se imaginar o seguinte exemplo: Uma das partes (Ministério Público ou réu) arrola uma testemunha que, durante seu depoimento, depõem de modo contrário à estratégia traçada. Mesmo que a testemunha arrolada seja prejudicial, a prova produzida deverá constar dos autos e poderá perfeitamente ser utilizada tanto pela parte contrária para provar algum fato como pelo juiz para embasar sua decisão. O mesmo vale para a prova documental. Uma vez que o documento for juntado aos autos não pode a parte, ao perceber a possibilidade de prejuízo, retirá-lo.

Alguns autores de considerável reputação, como Paulo Rangel, entendem que a Lei 11.719 de 2008, ao dar nova redação ao artigo 401 do Código de Processo Penal, excepcionou a prova testemunhal da aplicação do princípio da comunhão das provas, uma vez que: “se o Ministério Público arrola Tício como testemunha, pode desistir de sua oitiva sem o consentimento da parte contrária e vice-versa, salvo o juiz que poderá ouvir a testemunha, se quiser”³⁹. Ousamos discordar desse entendimento, haja vista o fato de que o paragrafo segundo do artigo 401 do Código de Processo Penal fala em desistência da inquirição de testemunha arrolada. Nesse sentido, a parte desiste de produzir uma prova que pretendia, não desiste de uma prova já produzida e inserida nos autos. Não há que se falar, com efeito, em mitigação ou exceção ao princípio da comunhão de provas nesse caso.

Outro consectário lógico da isonomia das partes e da verdade processual é o princípio da liberdade das provas. Segundo esse princípio, no intuito de demonstrar a veracidade de suas alegações, as partes podem utilizar-se dos meios

³⁹ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 2009. Pág. 448

que se encontrem disponíveis. Ainda nesse esteio, o juiz pode, com o fim de fundamentar seu convencimento, produzir provas.

1.5.3 Limitações ao direito à prova

Para além das discursões acerca do dilema da 'imparcialidade do juiz versus a verdade real', é possível dizer que a atuação probatória, seja do órgão julgador ou das partes, encontra sólidas limitações de modo que a liberdade da prova não é absoluta. Em outras palavras, o princípio da liberdade de prova, inerente à verdade processual não é absoluto podendo sofrer restrições previstas em lei.

O fundamento dessas restrições encontra-se tanto no princípio constitucional do devido processo legal quanto no fato de que a Lei considera que alguns interesses possuem maior valor que a prova de um fato ilícito ou não. Sendo assim, podem-se elencar as seguintes limitações à liberdade de prova:

1.5.3.1 Prova do estado civil

Imaginemos que uma pessoa comete um crime e, após a condenação transitada em julgado, evade-se para evitar a punição. Algum tempo depois chega ao juízo a informação de que aquela pessoa está morta. A extinção de punibilidade do fato em razão da morte do autor somente poderá ocorrer com a prova de que aquela pessoa realmente veio à óbito. Essa prova somente é possível através da certidão de óbito. Há, com efeito, clara limitação à liberdade da prova, uma vez que não será possível escolher qualquer meio à disposição para realizar a comprovação fática, ainda que outros meios possam também atingir a finalidade desejada. Sendo assim, não serão aceitos como prova o inquérito policial, as alegações de testemunhas, fotografias etc. Esse é o comando do artigo 62 do Código de Processo Penal.

1.5.3.2 Questões prejudiciais e o segredo profissional

As questões prejudiciais são aquelas que surgem no curso do processo e demandam resolução anterior à da lide principal. Desse modo, impedem a continuidade da demanda principal. Paulo Rangel apresenta exemplo bastante elucidativo em situação na qual o acusado de um crime de bigamia alega que seu

primeiro casamento foi declarado nulo (RANGEL, 2012). Dessa forma, se realmente seu primeiro matrimônio foi declarado nulo, não há crime de bigamia. Faz-se imprescindível, então, produzir a prova alegada para que se possa dar continuidade ao processo penal. Aqui também há clara limitação à atividade probatória do juiz penal que se encontra adstrito ao que for decidido no juízo cível.

O artigo 207 do Código de Processo Penal determina limitação à produção de prova testemunhal advinda de pessoa que “em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo”.

1.5.3.3 O *nemo tenetur se detegere* enquanto fator limitante da produção de provas

Há ainda outros fatores de limitação da produção de provas que, não se encontram tão diretamente referenciados na legislação, mas decorrem diretamente do texto constitucional e do devido processo legal. Dentre tais limitadores destaca-se sobremaneira o princípio do *nemo tenetur se detegere* que possui uma relação direta com a dignidade da pessoa humana. Ao mesmo tempo em que representa garantia decorrente da dignidade da pessoa humana é também uma ferramenta para a efetivação desse princípio tão caro ao Direito. De outro modo, o *nemo tenetur se detegere* poderia ser extraído da leitura da dignidade da pessoa humana juntamente com o devido processo legal, o direito à ampla defesa e da presunção de inocência⁴⁰.

Derivado do instituto norte-americano conhecido como “*privelege against self incrimination*”, o *nemo tenetur se detegere* atualmente vem sendo considerado como direito fundamental, institucionalmente protegido. Sendo assim, eventuais restrições à sua incidência somente poderão ocorrer em caráter excepcional sendo reguladas exclusivamente por lei. Tais restrições devem ainda respeitar o princípio da proporcionalidade observando a adequação, a necessidade e a razoabilidade da medida adotada⁴¹.

Apesar de ser decorrência da dignidade da pessoa humana não é dotado de caráter absoluto (à exemplo do que ocorre com a maioria dos direitos fundamentais). Importante notar que se trata direito fundamental de titularidade do cidadão em geral e não somente do acusado. Novamente deve-se alertar para a possibilidade da existência ou incidência de um Direito Processual Penal do inimigo

⁴⁰ Lima, Marcellus Polastri. A prova penal de acordo com a reforma processual penal. Editora Lumen Juris, 2009. Pág. 91

⁴¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2003. Pág. 43

no qual os direitos e garantias deferidos a todas as pessoas são vistos como direitos conferidos apenas – e ainda assim de modo exagerado e injustificado – aos “bandidos”, “malfeitores”, enfim inimigos. O princípio se identifica como um direito à não autoincriminação. Além disso, tem íntima ligação com a presunção de inocência como demonstrado anteriormente, uma vez que representa a impossibilidade de o Estado obrigar a pessoa a abandonar seu estado de inocência.

Em errôneo entendimento desse direito o *nemu tenetur se detegere* tem sido traduzido pelo brocardo “ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo” e também tem sido muitas vezes entendido como sendo o direito a permanecer calado, isto é, o direito ao silêncio. O *nemu tenetur se detegere* que de fato é traduzido como “ninguém é obrigado a se descobrir” é mais amplo que a produção de provas ou o direito ao silêncio. Seu objetivo é garantir a dignidade do cidadão face ao imenso poder inquisitório do Estado. Segundo Maria Elizabeth Queijo:

Na realidade, o direito ao silêncio é a mais tradicional manifestação do *nemu tenetur se detegere*, mas o citado princípio não se restringe a ele. O direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do *nemu tenetur se detegere*, pois o referido princípio, como direito fundamental, e a garantia do cidadão no processo penal, como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais amplo e há diversas outras ocorrências igualmente importantes que dele se extraem.⁴²

Por outro lado, deve-se ter em conta que o direito ao silêncio representa importante passo para a garantia da autodeterminação e da liberdade moral. Nesse sentido a supramencionada autora escreve:

Somente com o reconhecimento do direito ao silêncio é que se valorizou, no ordenamento nacional, a autodeterminação e a liberdade moral do acusado, para decidir se colabora ou não na persecução penal, especificamente no momento do interrogatório.⁴³

Dessa forma, o acusado não pode mais ser visto como sendo o objeto do processo ou da prova a ser produzida, mas sim como um sujeito que tem possibilidade de participar ou não da produção de provas. É importante ressaltar também que o *nemu tenetur se detegere* não se aplica somente ao acusado durante o processo penal. Sua abrangência abarca qualquer pessoa que seja alvo de procedimentos

⁴² Idem. p.190

⁴³ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2003. p.99

investigatórios (acusados, indiciados, suspeitos etc.). Nesse sentido assevera Renato Brasileiro:

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado: *Nemo Tenetur se Detegere*.⁴⁴

Trata-se, com efeito, de decorrência clara do arcabouço de princípios constitucionais aplicáveis a qualquer pessoa de modo geral, conforme os incisos LV, LVI e LVII do artigo 5º da Carta Magna.

“Não se descobrir” não significa abrigar a mentira ou impunidade. De modo algum. O cerne desse direito fundamental é preservar a dignidade do acusado impedindo uma atuação marcada por excessos como as torturas físicas e psicológicas aplicadas no sentido de obrigar o acusado a cooperar durante a persecução penal. Dessa forma, não há qualquer incompatibilidade entre a busca da verdade processual com o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Há, na verdade, uma complementação de modo que a verdade processual não é possível sem que se assegure a dignidade da pessoa do acusado. Nesse sentido, assevera Queijo:

Nenhuma incompatibilidade há entre o reconhecimento do princípio do *nemo tenetur se detegere* e a busca da verdade no processo penal. Aliás, contrariamente a ideia de apuração da verdade processual, dentro dos parâmetros da legalidade e da ética, em tudo se concilia com o princípio *nemo tenetur se detegere*, que representa sobretudo, o respeito à dignidade humana no processo penal⁴⁵

Esperamos a chegada do dia em que imaginar um processo no qual o acusado tenha sido torturado física e psicologicamente será um esforço intelectual considerável. Até lá, quando nos deparamos com o processo é possível ver claramente uma atuação incorreta, injusta e execrável por parte do Estado que descarrega toda sua incipiência e amadorismo no dorso do acusado fazendo-o carregar fardo mais do que excessivo.

Do direito a não auto incriminação surgem diversos desdobramentos de considerável importância como a necessidade de se esclarecer ao acusado que ele

⁴⁴ DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal, editora impetus, volume I, Niterói, RJ, 2012, pg. 56.

⁴⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth, O direito de não produzir prova contra si mesmo, Ed Saraiva, 2012, 2ªed, pág.73

possui o direito de permanecer calado durante o seu interrogatório ou de não se submeter a exame pericial, por exemplo, sem que qualquer consequência lhe sobrevenha. Outro efeito que deve surgir da aplicação desse princípio no caso concreto é justamente o abandono de práticas amadoras de persecução penal. Uma vez que o Estado não pode obrigar o acusado a cooperar com a realização de exames ou depoimentos, deve buscar outros métodos para produzir provas que possam embasar as afirmações que faz.

É importante salientar que o *nemo tenetur se detegere*, dada a sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, aplica-se a qualquer pessoa, independentemente de sua posição processual. Sendo assim, deve-se aplicar também à testemunha que, se correr o risco de, a partir de seu depoimento, incriminar-se poderá permanecer em silêncio de modo que há ofensa ao princípio da não-autoincriminação quando uma denúncia baseia-se unicamente em confissão feita por pessoa ouvida na condição de testemunha, quando não lhe tenha sido feita a advertência quanto ao direito de permanecer calado⁴⁶. Nesse sentido, observa-se o seguinte trecho da decisão monocrática emanada pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Ordinário em Habeas Corpus (número 122279 do Rio de Janeiro, julgado em 14/05/2014):

Colho do acórdão impugnado, no que interessa (fls. 76/77, 78/79 e 80/81):

“Com efeito, a confissão operada na fase investigativa deu-se no curso da inquirição do Sd Ex Manoel Arley, quando ouvido na condição de testemunha. Portanto, ao início daquele ato foi prestado o compromisso legal de dizer a verdade. Todavia, no transcorrer daquele procedimento, o inquirido repentinamente pediu para que fosse desconsiderado o que havia sido declarado anteriormente, afirmando estar mentindo, mas que passaria a dizer a verdade, e, na sequência, assumiu a autoria do delito.

[...]

Por evidente, faltou perspicácia ao Encarregado do IPM para encerrar o ato de inquirição de testemunha e, de imediato, proceder ao indiciamento e efetuar a respectiva perquirição com as precauções legais de praxe, dentre as quais se insere o alerta sobre a garantia de permanecer calado.

(...)

O direito ao silêncio, que assegura a não produção de prova contra si mesmo, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, na sua acepção originária conferida por nossa prática institucional, **este princípio proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais**. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

⁴⁶ Informativo 754, STF

Isso não significa, sob hipótese alguma, afirmar-se que a situação de constrição de direitos ocorra em todas as situações.

Não obstante **a evidente inadequação do procedimento adotado a macular a utilização daquele elemento de informação**, a não ser em favor do paciente, o quadro apresentado indica a existência de outros elementos diversos para o recebimento da peça acusatória. [grifos nossos]

Apesar de sua considerável importância, o ordenamento brasileiro não faz previsão expressa o direito à não-autoincriminação sendo depreendido do princípio do sistema de garantias constitucionais e mais especificamente do devido processo legal, ampla defesa, da presunção da inocência e do direito de permanecer calado, este sim, abarcado pela Constituição da República, art. 5º, LXIII e no art. 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678/92).

1.5.4 O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas

A Constituição Federal erigiu ao nível de garantia fundamental a inadmissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (cf. Art. 5º, LVI Constituição Federal): “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

A legislação infraconstitucional, dada a importância do tema, também determinou a impossibilidade de que as provas ilícitas sejam inseridas no processo penal. Dessa forma, a Lei 11.690 de 2008 alterou o Artigo 157 do Código de Processo Penal. Vejamos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. [grifos nossos]

Tão grave é a inserção de tais provas no processo que o dispositivo supracitado determina seu desentranhamento do processo para que não possa ser utilizada pelo órgão julgador para embasar sua decisão. Ainda no *caput* desse artigo

o legislador define prova ilícita como sendo aquela obtida a partir da violação da Carta Magna ou da legislação hierarquicamente inferior. Ainda que represente elemento realmente probatório, isto é, apto em tese a subsidiar a condenação do acusado, se a prova for obtida por meio ilícito, não poderá ser utilizada. Ressalte-se que, assim como o *nemo tenetur se detegere*, a vedação da prova ilícita tem o condão de obrigar o Estado a abandonar as práticas amadoras das quais se valia para realizar a instrução e a persecução penal.

Vale dizer que não se admite a prova do fato⁴⁷, isto é, demonstrar que a prova obtida por meio ilícito é verdadeira e, desse modo, pode ser utilizada. Isso representaria uma espécie de carta branca para que o Estado utilizasse métodos ilegais e os justificasse posteriormente. Essa é uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito no qual os fins não justificam os meios. Além disso, é fácil notar que tal impossibilidade de utilização de elemento probatório obtido de modo ilícito decorre também do devido processo legal. Deve-se ainda notar que essa vedação representa limitação à liberdade das provas, mas não é contrária ou limitante do princípio da ampla defesa ou do princípio da verdade processual. É, na verdade, complemento dessas garantias, de modo que se for possível harmonizar liberdade de prova, ampla defesa, verdade processual e vedação da utilização de provas ilícitas, o resultado será certamente o devido processo legal almejado pela Carta Magna.

O primeiro caso em que se fixou o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas ocorreu nos Estados Unidos da América, em 1885. Trata-se do caso *Boyd v. United States* no qual o acusado fora obrigado a apresentar um documento no processo, o que violaria as emendas IV (os papéis privados são invioláveis) e V (impossibilidade de auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere*). A partir desse acaso entendeu-se que a prova carregada de ilicitude não poderia figurar no processo. Anteriormente havia quatro correntes teóricas em relação à admissibilidade da prova ilícita propriamente dita:

A primeira entendia que, se não houvesse impedimento em nível processual, a prova ilícita não poderia ser excluída do processo e a única decorrência de sua produção seria a punição do agente que deu origem à ela.

As três outras correntes militavam no sentido de serem inadmissíveis no processo penal tais elementos probatórios. Uma dessas teorias considerava o

⁴⁷ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 2009. Pág. 452

fundamento de que o direito é uno e se a prova é ilícita não pode ser reconhecida; outra baseava-se no fato de o Estado dever ater-se ao princípio da moralidade e a última versava que a prova ilícita ofende a Constituição, atingindo valores fundamentais do indivíduo e as garantias individuais.

Em 1914, no caso *Weeks v. United States*, a Suprema Corte Norte-americana considerou ser um *prejudicial error* a admissão, no processo, de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado de busca e apreensão⁴⁸.

Em interessante análise acerca das garantias fundamentais delineadas no texto constitucional, Paulo Rangel, demonstra que não seria possível deferir o pedido do acusado em um processo penal de ser submetido ao detector de mentiras ou a utilização do soro da verdade, uma vez que, sendo a dignidade da pessoa humana e a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos garantias fundamentais são dotadas, dentre outras, da característica da inalienabilidade. Em outras palavras, mesmo que o acusado assim o queira, não pode abrir mão do direito constitucional de ser tratado de modo digno.

Voltando ao texto do artigo 157 do Código de Processo Penal percebe-se que o paragrafo primeiro estende a vedação às provas derivadas daquelas obtidas por meios ilícitos. Tal extensão nada mais é que decorrência lógica do comando constitucional, afinal seria uma incoerência do ordenamento jurídico execrar as provas obtidas de modo ilícito, mas não fazê-lo em relação às que decorrem delas. Trata-se da positivação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Ocorre, contudo, que a parte final do paragrafo primeiro e o paragrafo segundo desse artigo criaram restrições onde a Constituição não o fez. O texto do Código de Processo Penal deve ser lido à luz do texto constitucional e não ao contrário como parece ter ocorrido. Dessa forma, o legislador, ao introduzir no ordenamento jurídico a Lei 11.690/2008 que apresenta alterações no código de processo penal referentes às provas e criou um conceito de difícil aplicação, qual seja: a fonte independente. Nesse esteio, assevera Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Não se salva da inconstitucionalidade nem o novo texto do art. 157, o qual no âmbito infraconstitucional a regra do art. 5º, LVI, CR (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”), tentando explicitar a proibição à prova ilícita, como se para ganhar vida a Constituição fosse preciso uma

⁴⁸ Lima, Marcellus Polastri. A prova penal de acordo com a reforma processual penal. Editora Lumen Juris, 2009, pág. 77-78

reforma no CPP, algo muito próprio de um Brasil Profundo em matéria de respeito e aplicação das leis.

Ora, os §§ 1º e 2º, com os conceitos indeterminados (o princípio da taxatividade não convive com eles em um espaço democrático porque a CR não deixa), quase acabam com o direito do cidadão, mas uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao “critério” do juiz. Afinal, quem, de fato, dirá o que é e quando se dará uma prova derivada de outra ilícita em face do “nexo de causalidade” ou quando ela poderia ser obtida “por uma fonte independente” (§ 1º).

Não bastasse isto, quando se fala de “fonte independente” (quer-se, como na velha jurisprudência dos conceitos, bloquear a interpretação pela definição legal, imaginando ser isto possível ou já se sabia e fez-se de propósito?), quem dirá o que são trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal”, nos termos do § 2º?

Chama a atenção a necessidade de reproduzir um comando constitucional na lei para que ele tenha efetividade. Nesse mesmo sentido observa-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto:

A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por **constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os**, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - **Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.** - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g..⁴⁹

⁴⁹ HC 93050 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento:10/06/2008, Segunda Turma

Há doutrinadores que defendem que as provas ilícitas constantes no inquérito policial não contaminam o processo, que continua válido. Isso se daria por caracterizar-se o inquérito como peça meramente informativa e não possui caráter probatório. Em que pese o esforço intelectual desses autores não podemos concordar com tal afirmação tendo em vista o fato de que a instrução criminal, ainda que seja pré-processual trata-se de atividade estatal exercida em caráter de monopólio e não se admite de modo algum que o Estado Democrático de Direito crie leis, mas não as cumpra. Ademais, aceitar que o processo de modo algum se contamina pela instrução criminal leva necessariamente a dois entendimentos: ou a fase pré-processual, leia-se inquérito policial, é, em grande medida, dispensável beirando cada vez mais a inutilidade; ou é uma fase em que o Estado possui uma espécie salvo conduto para a prática de atos ilegais e desrespeito à dignidade da pessoa humana, haja vista a incolumidade imaculada da fase processual. Por mais que entendamos que, de fato, o inquérito policial flerte com a inutilidade, não podemos concordar com a tese de que ele não possui a capacidade de macular o processo.

1.5.5 As possibilidades de utilização da prova ilícita no processo

Mesmo que a Constituição não faça qualquer ressalva no texto do inciso LVI do artigo 5º deve-se ter em conta que a vedação às provas ilícitas não é e nem poderia ser absoluta. Além disso, quando lido em comunhão com texto constitucional por inteiro é possível vislumbrar a existência de exceções à referida vedação.

Na Alemanha, desenvolveu-se a teoria da proporcionalidade, também chamada de razoabilidade segundo a qual deve-se colocar em uma balança os bens jurídicos contrastados para então valorar-se o mais relevante. Sendo assim, é possível imaginar o seguinte exemplo: um réu, visando buscar uma prova de sua inocência furta uma carta na qual há prova de que o autor trata-se de pessoa diversa. Uma vez que a liberdade de locomoção tem peso maior frente à inviolabilidade das comunicações é razoável que o réu possa, no sentido de resguardar seu direito, violar a comunicação de um terceiro.

A proporcionalidade como princípio tem sido evocada para permitir o uso de provas ilícitas no processo. Na doutrina brasileira a mesma questão se mostra de modo diverso e um pouco mais engenhoso. A proporcionalidade continua sendo utilizada, contudo, em alguns casos, não se fala em ponderação ou proporção entre

os direitos, mas sim em exclusão da ilicitude, uma vez que o agente que colhe uma prova de modo ilegal está agindo em verdadeiro estado de necessidade justificante. Sua conduta, com efeito, é amparada pelo Direito não podendo ser chamada de ilícita. Trata-se da teoria da exclusão da ilicitude⁵⁰. Sendo assim, a vedação de obtenção de prova por meio ilícito é relativa admitindo certas exceções tanto devido à exclusão da ilicitude quanto à análise e ponderação dos princípios.

Existe ainda a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em favor da sociedade. Em um primeiro momento pode parecer difícil divisar em qual caso poderia aplicar-se a admissibilidade de prova ilícita em matéria acusatória, contudo a jurisprudência tem firmado posicionamento no sentido da admissão desse tipo de prova quando sopesados os princípios em jogo resultar a necessidade de proteger os de maior relevância social no caso concreto. Outra possibilidade de incidência ocorre quando se observa a utilização de um direito para abrigar o cometimento de um ato ilícito. Vejamos:

EMENTA: HABEAS CORPUS – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANALISE DA PROVA – PEDIDO INDEFERIDO

A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. **A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.** O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus. (HC 70814, relator Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994) [grifos nossos]

Nota-se, com efeito, que os fundamentos evocados (segurança pública,

⁵⁰ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 2009. Pág. 467

disciplina prisional e preservação da ordem jurídica) são suficientes para afastar o sigilo epistolar, desde que sempre de modo excepcional. Sendo assim, a administração prisional não pode tornar inexistente o sigilo do conteúdo das cartas para todos os reeducando, mas pode, por outro lado, desde que tenha uma suspeita relevante, afastar esse direito em determinados casos.

1.5.6 As provas que dependem da colaboração do acusado

Durante o desenvolvimento de um processo ou mesmo de uma instrução penal podem surgir situações nas quais a produção de determinadas provas mostra-se importante tendo em vista a possibilidade de apontar diretamente o possível autor do delito ou mesmo de oferecer caminhos a serem seguidos pela investigação. Ocorre que, não raro, o acusado é submetido a exames de modo obrigatório pelo juiz ou pela autoridade policial tendo em vista a busca pela verdade real. Dessa forma, o princípio do *nemo tenetur se detegere* é indevidamente mitigado e o acusado ou indiciado volta novamente a ser objeto da prova no processo penal.

De fato, a vedação a autoincriminação tem, paulatinamente, ganhado relevo e importância de modo que já se reconhece o *nemo tenetur se detegere* como sendo uma espécie de barreira à atividade investigatória e probatória do Estado. Sendo assim, admite-se e o silêncio durante o interrogatório e veda-se a prática de métodos que violem a integridade física e moral do acusado. Em outras palavras, o *nemo tenetur se detegere* encontra-se, de certo modo, sedimentado, sobretudo nos procedimentos de interrogatório do acusado.

Por outro lado, como dito anteriormente, há casos em que se observa uma espécie de mitigação do princípio retro citado. Isso ocorre quando há, durante o exercício da atividade investigatória, a necessidade de averiguar-se a verdade – incidência da busca pela verdade real – e essa averiguação encontra restrição em algum direito fundamental. Nesses casos, observa-se com maior intensidade uma tensão que é inerente ao processo penal, qual seja: o interesse da sociedade contra o interesse individual⁵¹. De certo que a prevalência absoluta de qualquer desses interesses não representa uma aplicação justa ou mesmo racional do Direito. Se o

⁵¹ Hernandez, Angel Gil, *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex 1995, p. 33 *Apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2003.

interesse social é colocado em grau absoluto, o Estado pode usar de quaisquer meios para chegar ou produzir a verdade que tem interesse. De modo oposto, se o interesse individual é considerado intocável, a investigação criminal e a persecução penal tornam-se inócuas e fadas ao fracasso.

Deve haver um equilíbrio entre esses interesses de modo que seja possível realizar uma persecução penal eficiente e que, ao mesmo tempo, seja assegurado ao acusado a manutenção de seus direitos e garantias. Esse equilíbrio parece repousar na ideia de proporcionalidade acima explicitada, juntamente com a necessidade de o Estado buscar métodos cada vez mais profissionais de obtenção de provas – decorrência da presunção de inocência –, de modo que o acusado não seja obrigado a ser sujeito ativo da produção da prova que posteriormente será utilizada em seu desfavor.

Quando se fala em busca por métodos mais profissionais não se sugere nada além da efetiva aplicação do princípio constitucional da eficiência encartado no caput do Artigo 37 da Constituição Federal. Nesse sentido, o Estado deve abandonar, por exemplo, as buscas corporais – revistas íntimas – em favor de buscas com detectores de metais ou aparelhos de Raios X, por exemplo. Vale notar que a alegação de que a implementação de tais tecnologias representaria considerável aumento de gastos leva à indagação sobre qual seria o valor econômico dos princípios a serem defendidos. Infelizmente, o preço que se paga pela busca da verdade inatingível é justamente o dos direitos individuais. Contudo, a reserva do possível não pode ser utilizada como reserva do injusto.

Sendo assim, não se objetiva um processo penal sem qualquer limitação aos direitos individuais. De modo algum. Contudo, também não é aceitável um processo no qual se aniquile o *nemo tenetur se detegere*, para dar margem ao direito à prova ilimitado, sobretudo demandando-se ou exigindo-se a colaboração do acusado⁵².

1.5.6.1 Intervenções corporais

Segundo Ángel Gil Fernandez (FERNANDEZ 1999), a intervenção corporal

⁵² QUEIRO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2003. p. 132

é a realização de atos de investigação ou obtenção de provas no corpo do próprio acusado⁵³. Logo, uma prova que demanda a intervenção corporal é aquela na qual é necessária a realização de buscas no corpo do acusado. Discordamos em parte dessa definição tendo em vista o fato de que tais exames não necessariamente precisam ser realizados no corpo do acusado podendo ser realizados no corpo da vítima. Sendo assim, é possível realizar buscas por material genético (espermatozoides, células epiteliais etc.) do autor no cadáver ou no corpo da vítima de crime sexual, por exemplo.

Quando se analisa essa espécie de provas deve-se considerar a possibilidade de intervenções em campos como, por exemplo, intimidade do acusado (ou vítima), intangibilidade corporal, liberdade e vedação a autoincriminação, dentre outros.

Tais provas podem ser derivadas de intervenções invasivas ou não invasivas sendo que a diferença entre elas pode ser considerada sob um prisma relativamente simples, isto é: a existência ou não de penetração no corpo do acusado. Sendo assim, exames de sangue, exames ginecológicos, endoscopias etc. são exemplos de intervenções invasivas. No que se refere às intervenções não invasivas é possível citar a coleta de impressões digitais deixadas em superfícies lisas ou a realização de exames de DNA através de pontas de cigarros, fios de cabelo ou células epiteliais deixadas em superfícies através do contato com a pele – *Touch DNA*.

⁵³ Hernandez, Angel Gil, *Intervenciones Corporales y Derechos Fundamentales*. Madrid: Colex 1995, p. 33 *Apud* QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2003.p.133

CAPÍTULO 2

2.1 Métodos de identificação humana no processo penal

Quando se analisam as diversas definições de inquérito policial observa-se a presença constante da “determinação da autoria” do delito. Tourinho Filho (2006) define o Inquérito como sendo “*um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como a denomina o CPP), visando a elucidar as infrações penais e sua autoria*”⁵⁴. No mesmo sentido, determina Guilherme de Souza Nucci (2006) que o inquérito policial “*reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar, com relativa firmeza a ocorrência de um delito e o seu autor*”⁵⁵.

Aury Lopes Jr. (2005) apresenta um entendimento um pouco diferente. Para esse autor a finalidade da investigação policial não é a descoberta plena da existência do delito e sua autoria, mas sim a revelação de uma probabilidade da existência e autoria do crime. Essa tênue diferenciação decorre da tese de que, no processo penal, não vigora a busca pela verdade real, mas sim a verdade provável ou processual. Decorre ainda desse entendimento a ideia de que, uma vez coletadas as fontes e informações suficientes e justas para a incidência de um processo penal, o Inquérito Policial atingiu seu objetivo e não mais necessita prosseguir. Não há sentido em manter, após ter informações suficientes para a Denúncia ou Queixa, a continuidade do Inquérito com diligências e investigações inúteis, sobretudo quando muitos desses elementos deverão ser repetidos em juízo.

Para além da fase inquisitorial, quando se analisa o processo, nota-se que a determinação da autoria é imprescindível, uma vez que não é possível determinar uma punição sem saber quem a cumprirá. Além disso, como dito anteriormente, o Estado deve provar que o fato imputado à determinada pessoa foi de fato cometido (materialidade) e cometido por ela (autoria). Sem conseguir provar a materialidade e a autoria o Estado não possui o poder de punir. Em outras palavras, caso o Ministério Público, a Polícia e os demais órgãos estatais não logrem êxito ou não tenham capacidade de determinar a materialidade e a autoria de um delito, não se concretiza o direito de punir do Estado. Nesse sentido, os exames periciais assumem papel

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 64

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 2ª ed. São Paulo, 2006: Revista dos Tribunais. p. 76

determinante, uma vez que, na maior parte dos casos, determinam a materialidade do delito e, ainda que em menor escala, fornecem elementos cruciais para a determinação da autoria.

De qualquer modo, dentre toda a matéria que pode ser objeto de prova em um processo penal destaca-se a identificação humana, haja vista a possibilidade de utilização de técnicas capazes de fornecer a identidade de uma vítima ou mesmo do autor de um determinado delito. Com efeito, não é redundante afirmar que tais técnicas podem viabilizar a continuidade da pretensão punitiva do Estado, visto que possibilitam a identificação da pessoa que deverá responder pelo delito, isto é o autor.

Segundo Eduardo Daruge (2001), o ato de identificar

“consiste no exame dos elementos sinaléticos que caracterizam a identidade de uma determinada pessoa. É o ato mediante o qual se estabelece a identidade de alguém. Consiste em demonstrar que uma determinada pessoa ou cadáver examinado em dado momento é o mesmo que em ocasião anterior, já havia submetido a exame”⁵⁶

Nesse sentido, é comum que a vítima não tenha condições de fornecer a individualização ou de identificar quem cometeu determinado delito. Isso pode ocorrer devido ao fato de ela não conhecer o autor ou nem mesmo ter presenciado o crime, por exemplo. Sendo assim, cabe ao Estado buscar a identidade do autor. Para tal finalidade o Ente estatal deve despende esforços que encontram limites claros nos direitos e garantias fundamentais presentes no texto constitucional.

Para garantir que a pena decorrente de um processo penal seja cumprida, bem como determinar se um cadáver encontrado pertence a uma pessoa desaparecida, por exemplo, faz-se extremamente necessária a utilização de técnicas cada vez mais precisas e modernas de identificação humana. A adoção de tais técnicas pelo Estado representa não apenas o fortalecimento de um processo justo e devido, uma vez que reduz a chance de produção de injustiças e erros, como representa também atenção ao princípio da eficiência encartado no *caput* do artigo 36 da Constituição Federal.

Apesar de atualmente existir um amplo leque de métodos de identificação, pode-se dizer que a tarefa de identificar um ser humano nem sempre foi eficiente ou

⁵⁶ MIYAJIMA, Fábio; DARUGE, Eduardo; DARUGE JÚNIOR, Eduardo. A importância da Odontologia na identificação humana: relato de um caso pericial. *Arq. Odontol*, v. 37, n. 2, p. 133-42, 2001. *Apud* JOBIM, Luiz Fernando; COSTA, Luís Renato da Silveira; SILVA, Moacyr da. Identificação Humana: identificação pelo DNA; identificação médico-legal; perícias odontológicas. 2005. EDUARDO DARUGE 2001

precisa. Um dos primeiros meios empregados para essa finalidade, segundo se acredita⁵⁷, foi justamente a utilização de um conjunto de fonemas: o nome. Essa técnica ainda hoje é utilizada para identificar seres humanos, contudo, com o aumento do número de clãs e famílias, houve a repetição de nomes – surgimento de homônimos – e essa metodologia mostrou-se limitada para determinadas finalidades como, por exemplo, o processo penal.

O código de Hamurabi (aproximadamente 1700 a.C.) previa a extirpação das mãos (em casos de furtos ou roubos), o que não era apenas uma forma de punição, mas também de reconhecimento de pessoas condenadas pelo cometimento de um crime⁵⁸. Com esse mesmo objetivo surgiram outros métodos como a marcação a ferro quente, a fotografia, a coleta de impressões digitais e as tatuagens por exemplo. É interessante notar que atualmente as tatuagens são amplamente utilizadas dentro dos presídios brasileiros não apenas com objetivo de identificar os presidiários entre si, mas também de perpetuar um código de conduta, reconhecer qual crime foi praticado por qual detento e determinar certa estratificação social interna⁵⁹.

A legislação brasileira não é e nem poderia ser exaustiva ao prever os exames periciais utilizados como mecanismos de identificação humana, haja vista a existência de uma vasta gama de métodos. Apenas a título exemplificativos pode-se citar as impressões digitais (pontas dos dedos), palmares (palmas das mãos), plantares (solado dos pés), arcada dentária, desenho do palato (o chamado céu da boca que possui um desenho único para cada pessoa), impressões labiais, íris do olho e exame de DNA⁶⁰.

Um método de identificação, para ser considerado como tal, deve possuir unicidade, isto é, deve indicar traços únicos de cada indivíduo. Os dados analisados devem ser capazes de fornecer informações úteis para distinguir os indivíduos. Dizer que uma determinada pessoa tem dois braços não ajuda a identificá-la, contudo dizer que essa pessoa possui uma determinada tatuagem em um dos braços e uma cicatriz em determinado formato no outro braço pode fornecer elementos suficientes para identificá-la com certo grau de segurança.

⁵⁷ JOBIM, Luiz Fernando; COSTA, Luís Renato da Silveira; SILVA, Moacyr da. Identificação Humana: identificação pelo DNA; identificação médico-legal; perícias odontológicas. 2005 p. 4

⁵⁸ Idem, ibidem

⁵⁹ MATIAS, Anne Karine; SIMÕES, Anne -Augusta Rocha; GALVÃO, Luis Carlos Cavalcante. ENTRE TATUAGENS E CRIMINOSOS. 2014. págs. 8-12

⁶⁰ ESPINDULA, Alberi. **Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia**. Millenium, 2006.

Deve também ser dotado de imutabilidade, uma vez que uma característica que facilmente pode ser modificada não pode ser utilizada para futuras comparações. Nesse sentido, o que difere a qualificação da identificação criminal é justamente a possibilidade de aquela ser facilmente alterada haja vista tratar-se de coleta de dados pessoais do acusado ou indiciado, ao passo que essa é fundada em elementos perenes⁶¹.

Além disso, deve-se observar ainda a classificabilidade e a praticabilidade. Em outras palavras um método de identificação, deve repousar sobre características possíveis de classificação, de modo que seja possível realizar comparações e deve também ser praticável. Nesse sentido, não se cogita a realização de exames de comparação de DNA para atividades cotidianas, haja vista seu alto custo e a ausência de profissionais habilitados à sua execução⁶².

O Código de Processo Penal, nos incisos VI e VIII do artigo 6º, versa sobre a realização de reconhecimento de pessoas e coisas e sobre a identificação do indiciado através do processo datiloscópico, respectivamente. Em momento posterior, o procedimento para o reconhecimento de pessoas e coisas é descrito nos artigos 226 a 228 do mesmo código. A Lei 12.037 de 1º de outubro de 2009, em seu artigo 5º, determina através de quais métodos poderá ocorrer a identificação criminal (grifos nossos):

Art. 5º A identificação criminal incluirá o **processo datiloscópico** e o **fotográfico**, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a **coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético**. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Dessa forma, pode-se dizer que esses mecanismos de identificação ganharam destaque na legislação processual penal brasileira.

Vale ressaltar que o exame datiloscópico pode tanto ser utilizado enquanto exame pericial em local de crimes, ocasião em que é possível comparar as impressões ou fragmentos de impressões coletadas com um banco de dados de abrangência nacional, quanto para identificar um suspeito ou indiciado que, em obediência ao

⁶¹ SERGIO SOBRINHO, Mario. A identificação criminal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 105

⁶² JOBIM, Luiz Fernando; COSTA, Luís Renato da Silveira; SILVA, Moacyr da. Identificação Humana: identificação pelo DNA; identificação médico-legal; perícias odontológicas. 2005. p. 8

comando constitucional (Art. 5º, LVIII), não possua identificação civil ou, ainda que a possua apresente alguma das ressalvas do artigo 3º da Lei 12.037/2009. Nesse sentido, faz-se necessária uma breve análise dos métodos presentes na lei processual.

2.1.1 O reconhecimento de pessoas

O reconhecimento é uma modalidade de prova na qual uma pessoa é chamada a descrever e reconhecer outra que teria visto anteriormente e dessa forma verificar a sua identidade⁶³. Segundo Altavilla (1981) “o reconhecimento é o resultado de um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada. Reconhece-se uma pessoa ou coisa quando, vendo-a recorda-se de havê-la visto anteriormente”⁶⁴. O artigo 226 do Código de Processo Penal versa sobre essa modalidade de prova determinando, inclusive, o procedimento a ser adotado. Esse dispositivo prevê que antes de realizar o reconhecimento propriamente dito, a pessoa que o fará deve ser chamada a descrever a pessoa a ser reconhecida. Dessa forma, temos:

Art. 226 - Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a **descrever a pessoa que deva ser reconhecida**;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, **será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança**, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Pela leitura do dispositivo supra, pode-se dizer que o reconhecimento possui três fases, quais sejam: descrição prévia; comparação e indicação. Por uma questão lógica, sem a descrição prévia não é possível proceder às outras fases, uma

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Elsevier Brasil, 2008.

⁶⁴ ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*. 3 Ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Armenio Amado, 1981. *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo, 2006: Revista dos Tribunais.

vez que restaria prejudicada a prova. Sendo assim, Camargo Aranha (1999) assevera (grifo nosso) que “o reconhecimento **é ato eminentemente formal**; requerendo para sua validade a obediência dos pressupostos exigidos pelo art. 226 do Código de Processo Penal”⁶⁵.

Ainda que a lei processual penal tenha tentado delinear um procedimento, esse tipo de prova encontra-se sujeito às mais variadas falhas de percepção humana e pode se traduzir em uma fonte geradora de injustiças. Uma pessoa, em um momento de tensão tem sua percepção alterada pelo medo ou euforia e no momento do reconhecimento pode ter sua percepção também alterada, mas dessa vez pela raiva, sentimento de vingança ou mesmo pelos preconceitos que carrega consigo. Aury Lopes Júnior (2014), ao criticar o fato de que o processo penal depende de modo excessivo da memória do depoente, faz algumas considerações que se aplicam perfeitamente ao reconhecimento, uma vez que em muitos momentos esses meios de prova confundem-se, vejamos:

A prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro (especialmente na criminalidade clássica) e, ao mesmo tempo, o mais perigoso, manipulável e pouco confiável. Esse grave paradoxo agudiza a crise de confiança existente em torno do processo penal e do próprio ritual judiciário.

[...]

Nossa memória é fragilíssima, manipulável, traiçoeira ao extremo. O mais interessante é ver como o processo acredita na ‘memória’ em relação a um fato ocorrido há muitos meses (senão até anos), sem perceber que no nosso dia a dia, muitas vezes, sequer somos capazes de recordar o que fizemos no dia anterior.⁶⁶

Nesse sentido, a ONG norte-americana *the innocent project* realizou pesquisa que revelou que, nos Estados Unidos, 72% das condenações de inocentes – muitos sentenciados à pena de morte – decorrem de erros de reconhecimento por parte das vítimas e testemunhas ao identificar suspeitos⁶⁷.

No Brasil, apesar de não existirem pesquisas com semelhante abrangência, também é possível observar casos nos quais o reconhecimento errôneo subsidia a condenação. Em 2008, no Estado do Rio Grande do Sul, Israel Pacheco

⁶⁵ CAMARGO ARANHA, Adalberto, Da prova do processo penal, Ed. Saraiva, 5ª Edição, ano 1999, pag. 209

⁶⁶ <http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depnde-dela> acessado às 11h57min do dia 19/09/2014

⁶⁷ <http://www.innocenceproject.org/understand/Eyewitness-Misidentification.php>, acessado às 00h59min do dia 18/09/2014

Oliveira, após ser reconhecido por uma vítima, foi condenado a 13 anos e 6 meses de prisão, apesar de exames de DNA mostrarem incompatibilidade entre seu perfil genético e aquele encontrado no corpo da vítima⁶⁸.

Nesse diapasão, Tourinho Filho entende que:

De todas as provas previstas no nosso diploma processual penal, esta é a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária.⁶⁹

Vale ressaltar que o reconhecimento encontra um limitador claro no princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que caso o acusado se negue a participar do procedimento, não pode ser compelido a tal. De modo mais claro, o reconhecimento somente pode ocorrer com o consentimento do imputado⁷⁰. Tampouco pode ser realizado de modo diverso daquele descrito no códex de processo penal e, para que seja aceito em um processo, é mandamental que tenham sido observadas todas as formalidades descritas. O professor Aury Lopes Jr. (2014) ensina que:

O ponto de estrangulamento é o nível de (in)observância por parte dos juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo Penal. Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que — em matéria processual penal — forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado. É um absurdo quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato”. Essa “simplificação” arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do “livre convencimento do julgador”, a prática é ilegal e absurda.¹⁸

Ainda assim, nada garante que tal prova seja justa uma vez que esse procedimento pode ser contaminado por mentiras ou pela produção de falsas memórias que, segundo Aury Lopes Jr (2014), apresentam diferenças entre si, com efeito:

⁶⁸ http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2013/03/03/interna_nacional,354234/decreto-atrasa-implementacao-do-banco-nacional-de-dna-de-criminosos.shtml acessado às 21h47min do dia 05/10/2014

⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando, Código de Processo Penal Comentado, Ed. Saraiva, 12ª Edição, ano 2009, Tomo I, pag. 645

^{70, 18} <http://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-dependera-da-part> acessado às 23h30min do dia 06/10/2014

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.⁷¹

Ocorre que inúmeras vezes, tanto por despreparo ou desleixo, quanto por falta de recursos ou condições, nas delegacias espalhadas pelo país, têm sido realizados reconhecimentos à revelia da Lei e de modo informal e amador. Em muitos casos suprime-se a fase da descrição prévia, em outros, abarcados por uma pretensa reserva do possível decorrente do inciso II do artigo 226 - acima transcrito, desnatura-se a fase da comparação. Reitere-se que a reserva do possível não pode ser utilizada como reserva do injusto, do incompetente, do ineficiente etc.

Danos maiores podem ainda surgir da utilização de provas inominadas decorrentes daquela descrita no artigo 226 do Código de Processo Penal como, por exemplo, o reconhecimento de voz e o reconhecimento realizado através de fotografias. Se uma pessoa pode confundir-se com a voz de familiares ao telefone quando se encontra em uma situação livre de tensões, nada obsta que tenha sua percepção alterada em situações como crimes nos quais exista violência ou grave ameaça. Além disso, é possível ainda que pessoas diferentes apresentem vozes consideradas semelhantes. Sendo assim, tais possibilidades devem sempre ser levadas em conta.

No *Códice di Procedura Penale* italiano observa-se, no artigo 213, a previsão de que, caso não seja observado o procedimento descrito, incidirá a nulidade do reconhecimento. Além disso, o artigo 216 prevê a possibilidade de reconhecimento de voz, som ou qualquer outro elemento que possa ser objeto da percepção sensorial. Vejamos:

Art. 213 [...]

3. L'inosservanza delle disposizioni previste dai commi 1 e 2 è causa di nullità della ricognizione.

Art. 216 (Altre ricognizioni)- 1. Quando dispone la ricognizione di voci, suoni o di quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale, il

⁷¹ <http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depnde-dela> acessado às 11h57min do dia 19/09/2014

giudice procede osservando le disposizioni dell'art. 213, in quanto applicabili⁷².

O ideal seria que o reconhecimento de pessoas fosse destituído do posto de prova aceita em juízo tendo em vista a precariedade que lhe é inerente, bem como a forma amadora de sua produção. Tal procedimento deve ser entendido tão somente com um indício sendo possível subsidiar uma condenação apenas quando em conjunto com um grupo de provas ou outros indícios.

2.1.2 Impressões datiloscópicas

O método de identificação humana através das impressões digitais, também conhecido como identificação datiloscópica, consiste na análise das linhas e sulcos presentes nas palmas das mãos, plantas dos pés e extremidades dos dedos. Segundo Airam Barreto Marques (2004), as impressões digitais possuem a função natural de aumentar o atrito entre as mãos e os objetos para facilitar o processo de segurar ou agarrar e evitar escorregões aumentando o atrito dos pés com as superfícies lisas⁷³.

Fernandes Filho (1997), observa que a formação das impressões digitais ocorre entre o terceiro e o sexto mês da vida intra-uterina, existindo até a putrefação cadavérica, quando irá então ocorrer o descolamento e a destruição da pele⁷⁴. Dessa forma, ainda que o desenho geral das linhas das impressões datiloscópicas seja determinado geneticamente, os detalhes dessas impressões encontram-se muito mais influenciados pelos fatores externos como, por exemplo, as constantes mudanças no fluxo do líquido amniótico ou a posição do feto no útero materno⁷⁵.

Sob o prisma científico trata-se de método de identificação seguro, de baixo custo e preciso. Contudo, sob o prisma jurídico, esbarra em algumas limitações.

⁷² Codice di Procedura Penale Italiano. Livre tradução:

Artigo 213

3. A inobservância das disposições previstas nos parágrafos 1 e 2 resultará na nulidade do reconhecimento

Artigo 216 (outros reconhecimentos) – 1 Quando proceder ao reconhecimento de voz, som ou qualquer outro elemento que puder ser objeto de percepção sensorial, o juiz deve proceder observando as disposições do artigo 213 no que forem aplicáveis.

⁷³ MARQUES, Airam Carlos Pais Barreto. **Extração de Minúcias em Imagens de Impressões Digitais utilizando Redes Neurais**. 2004. Tese de Doutorado. Dissertação (mestrado) NCEUFRJ, Rio de Janeiro.

⁷⁴ FERNANDES FILHO, J. Impressões dermatoglíficas - marcas genéticas na seleção dos tipos de esporte e lutas (a exemplo de desportista do Brasil). 1997. 172f. Tese de Doutorado. Moscou.- URSS, 1997.

⁷⁵ BABLER, William J. Embryologic development of epidermal ridges and their configurations. **Dermatoglyphics: science in transition**. New York: Wiley-Liss, 1991.

Guilherme de Souza Nucci (2009) defende que o comando constitucional presente no artigo 5º, LVIII, (o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei) é apenas formalmente constitucional e inscrito indevidamente no texto magno. Esse autor considera ainda que essa norma teve por finalidade corrigir a publicidade que se dava ao fato de determinada pessoa ser identificada, “como se isso fosse desairoso e humilhante”.

Ainda segundo Guilherme de Souza Nucci (2009), devido à transformação das delegacias em arenas nas quais a imprensa tinha livre trânsito, desvirtuou-se uma garantia processual e criou-se uma garantia individual que representa mais uma fragilidade processual que uma forma de manter a correta aplicação do direito de punir do Estado:

Ora, por conta da má utilização do processo de identificação criminal, terminou-se inserindo na Constituição uma cláusula pétrea que somente problemas trouxe, especialmente ao deixar de dar garantia ao processo penal de que se está acusando a pessoa certa.⁷⁶

Nesse sentido, é possível, por exemplo, que uma pessoa que teve seu documento de identidade subtraído seja indiciada, processada e julgada, uma vez que tal documento pode ser portado ou mesmo falsificado por outra pessoa e apresentado para que não se proceda à correta identificação criminal.

Sendo assim, destacam-se os seguintes trechos do habeas corpus 75.561-5/SP, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que versa sobre preso em flagrante que ofereceu documentação falsa em nome de terceiro, do que resultou a condenação deste, não obstante prova nos autos de não coincidência das impressões digitais:

Sentença condenatória: erro de pessoa: preso em flagrante que ofereceu documentação falsa em nome de terceiro, do que resultou a condenação deste, não obstante prova. nos autos de não coincidência das impressões digitais: triste exemplo, nem tão incomum, de negligência de atores da Justiça Criminal com a sua clientela rotineira de pobres, anônimos e desprotegidos

[...]

Sobrevieram a audiência de inquirição de testemunhas (f. 55 ss) e a final, de instrução e julgamento, com alegações das partes e sentença absolutória por falta de provas (f. 64), a apelação do Ministério Público (f. 72) e as contra-razões da defesa (f. 82), o parecer da procuradoria-Geral da Justiça (f. 87) e o acórdão condenatório (f. 93): a nenhum dos 'operadores jurídicos'

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza; “Código de Processo Penal Comentado”; Editora Revista dos Tribunais, 2009.

envolvidos no procedimento - que sobre a prova dos autos dissertaram com desenvoltura - **ocorreu ler neles a prova pericial de que o acusado e depois condenado não era quem declarava ser**'.

2.1.3 DNA e bancos de dados

O DNA pode ser entendido como uma enciclopédia com cerca de três bilhões de letras. Todas as instruções para a formação de um ser humano encontram-se inseridas nessa estrutura química, mas a grande maioria dessas instruções é igual para todas as pessoas⁷⁷ – dois braços, um nariz, um fígado, dois rins etc. Contudo, há outras informações sensíveis e íntimas referentes, por exemplo, à saúde do indivíduo, à sua ancestralidade etc. Sendo assim, surge naturalmente o temor de que as informações sensíveis e íntimas possam ser descobertas e reveladas por meio de uma análise de DNA sendo vendidas, por exemplo, para operadoras de planos de saúde. Desafiando o temor natural de perder sua privacidade, o geneticista norte-americano John Craig Venter, em 04 de setembro de 2007, publicou seu genoma completo⁷⁸.

A sigla DNA decorre do nome, em inglês, ácido desoxirribonucleico. Esse ácido é encontrado no núcleo das células e é constituído por uma fita dupla de nucleotídeos que possuem estruturas químicas determinadas (bases nitrogenadas) de quatro tipos diferentes: Adenina (A), Timina (T), Guanina (G) e Citosina (C). Essas bases produzem interações intermoleculares específicas de modo que, obrigatoriamente, a adenina pareia-se somente com a timina e a guanina pareia-se somente com a citosina. Sendo assim, o DNA é uma corrente de estruturas químicas cuja sequência variável forma os chamados genes responsáveis pelas características genéticas dos homens e de todos os seres vivos⁷⁹. A partir dessas características genéticas desenvolvem-se as características físicas como cor dos olhos, cabelos crespos ou lisos, tipo sanguíneo etc. Quando se fala em cromossomos, refere-se a uma sequência de DNA que contem vários genes.

A grande variabilidade entre os seres vivos é proporcionada pelo processo de recombinação gênica. Cada ser humano possui um padrão genético exclusivo (com exceção dos gêmeos monozigóticos, que possuem genes idênticos). Dessa forma, é possível identificar e comparar indivíduos, determinando inclusive a

⁷⁷ VENTER, J. Craig et al. The sequence of the human genome. *science*, v. 291, n. 5507, p. 1304-1351, 2001.

⁷⁸ <http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL99295-5603.00.html> acessado às 20h40min do dia 01/08/2014

⁷⁹ JOBIM, Luiz Fernando; COSTA, Luís Renato da Silveira; SILVA, Moacyr da. Identificação Humana: identificação pelo DNA; identificação médico-legal; perícias odontológicas. 2005.

existência ou não de vínculos familiares entre eles⁸⁰.

A utilização desse conhecimento no âmbito jurídico é relativamente recente. O primeiro caso de exclusão de um suspeito e também de condenação através da identificação por exames de DNA ocorreu na década de 1980, na Inglaterra⁸¹. Em 1983, no vilarejo de Narborough, o corpo de uma jovem de quinze anos foi encontrado. A polícia concluiu que a garota havia sido estuprada e assassinada e coletou amostras do sêmen deixado no corpo da vítima. Três anos depois, em um vilarejo próximo a Narborough, outra jovem de mesma idade foi encontrada morta com o mesmo *modus operandi*. Novamente a polícia coletou material biológico do agressor⁸².

Ocorre que um ano antes do segundo crime o cientista Alec Jeffreys havia publicado um artigo na revista Nature no qual tratava de certas regiões do DNA – cognominadas, por ele, de minissatélites – que poderiam ser utilizadas para identificar uma pessoa com certeza próxima de 100%⁸³. A polícia inglesa entrou em contato com Alec que realizou testes nas amostras de sêmen colhidas nas cenas de crime e de Richard Buckland que, por motivo desconhecido, confessou os crimes. Os testes indicaram que o agressor foi o mesmo nos dois casos e que ele não poderia ser Richard Buckland que se tornou, então, o primeiro caso de inocência comprovada por testes de DNA. Posteriormente, Colin Pitchfork foi submetido ao exame que determinou correspondência entre seu material genético e o do agressor.

A metodologia de identificação de indivíduos estudada e padronizada por Alec Jeffreys a partir de 1984 consistia, em linhas gerais, em dividir a cadeia de ácido desoxirribonucleico e analisar os fragmentos resultantes. Esses fragmentos correspondem aos genes incluídos nos cromossomos e cada um pode apresentar formas alternativas chamadas de “alelos” situados em locais – *locus* – específicos dos cromossomos. Eventualmente cada *locus* pode conter mais de um par de alelos⁸⁴.

Atualmente, os exames realizados nos laboratórios de DNA visando a identificação criminal e a determinação de paternidade funcionam a partir da análise de regiões específicas dos cromossomos de modo que obtém-se somente o perfil

⁸⁰ PARADELA, Eduardo Ribeiro; FIGUEIREDO, A. L. S.; SMARRA, André Luís Soares. A identificação humana por DNA: aplicações e limites. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 30, n. 30, p. 06, 2006.

⁸¹ BINSFELD, Pedro; DE PÓS-GRADUAÇÃO, Docente do Programa. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GENÉTICA FORENSE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.

⁸² DE BARROS, Marco Antônio; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. DNA e sua utilização como prova no processo Penal. 2008.

⁸³ JEFFREYS, Alec J. et al. Hypervariable 'minisatellite' regions in human DNA. **Nature**, v. 314, n. 6006, p. 67-73, 1985.

⁸⁴ BOEIRA, Alfredo Gilberto. O perfil de DNA como prova judicial—uma revisão crítica. **Revista dos Tribunais**, v. 714, p. 290-297, 1995.

genético e não o mapeamento completo da estrutura química nuclear das células do indivíduo (de fato, o mapeamento completo para fins de identificação criminal ou paternidade nunca foi utilizado). Sendo assim, com os dados obtidos, é impossível revelar qualquer traço referente à possibilidade de contrair ou desenvolver doenças, bem como o desenvolvimento de qualquer tipo de comportamento (depressão, psicopatias etc.).

A utilização dos testes de DNA cresceu de modo acelerado e se espalhou rapidamente pela Europa e Estados Unidos. A novidade foi recebida com entusiasmo pela polícia e pelo Ministério Público que viam nos exames a promessa de uma prova inexorável e infalível que poderia representar a solução de diversos casos sem testemunhas ou provas suficientes. Durante algum tempo, nos Estados Unidos, abarcados pela inexistência de leis sobre o assunto, os agentes da lei pressionaram os suspeitos alegando possuir em suas mãos a “prova definitiva”. Os próprios advogados de defesa submetiam-se à poderosa arma que a ciência concedia aos adversários e aconselhavam seus clientes a declararem-se culpados e pleitear penas mais leves⁸⁵.

Atualmente, no Brasil, o exame de DNA ganhou novos contornos a partir da edição da Lei 12.654 de 28 de maio de 2012 que altera dispositivos das leis 12.037/09 (identificação criminal) e 7.210/84 (lei de execuções penais), prevendo a coleta de material genético e a identificação por perfis genéticos. Devido à grande influência dessa tecnologia devem-se analisar os aspectos jurídicos de sua aplicação e também aspectos científicos que representem limitações a esse método de identificação. Os operadores do Direito não podem limitar-se ao conhecimento superficial dessa ferramenta sob pena de recriarem a figura da rainha das provas ou subutilizar uma ferramenta poderosa para a correta aplicação do Direito.

Uma das maiores controvérsias na utilização forense dessa tecnologia é a implementação de bancos de dados de perfis genéticos. O decreto 7.950 de 12 de março de 2013 regulamenta a Lei 12.654 de 28 de maio de 2012 e institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos - BNPG - e a Rede Integrada de Perfis Genéticos – RIPG. A utilização de bancos de dados genéticos possui grande importância para a determinação da autoria, sobretudo durante a fase pré-processual. Em 2011, dos 50

⁸⁵ Idem, Ibidem

mil homicídios cometidos no Brasil, somente 8% possuíam autoria^{86,87,88}. Os defensores da aplicação dessa tecnologia esperam um aumento significativo nesse índice em decorrência do funcionamento efetivo do BNPG e da RIPG.

Nesse sentido, é possível imaginar a seguinte situação: um perito criminal ao chegar ao local onde houve um homicídio percebe a presença de uma pequena mancha de sangue junto a uma cerca de arame farpado indicando que o autor do crime, ao fugir, feriu-se. O perito recolhe esse material e o envia para o laboratório. O perfil genético é então extraído e arquivado. Em momento posterior e ocasião diversa – um crime de estupro, por exemplo –, outra amostra é colhida e submetida ao mesmo procedimento, contudo, a partir do banco de dados, comparam-se as duas amostras e percebe-se que o autor do primeiro delito também cometeu o segundo. Caso existam suspeitos pode-se comparar o perfil genético deles com o perfil contido no banco de dados e, dessa forma, determinar a autoria e proceder-se com maior segurança ao processo.

Em casos de reincidência a atuação com base nos dados genéticos seria ainda mais rápida, uma vez que a Lei 7.210/84 (com alterações feitas pela Lei 12.654/12) determina em seu artigo 9º-A a identificação de condenados por determinados crimes, vejamos (grifos nossos):

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Sendo assim, a pessoa que for condenada por um crime hediondo, por exemplo, será submetida à identificação do perfil genético e, caso venha a cometer outro crime (durante o período em que seu perfil genético estiver no banco de dados) deixando vestígios biológicos no local ou no corpo da vítima (sêmen, saliva etc.) poderá ser identificada com maior rapidez. Em momento posterior, os aspectos jurídicos referentes à legislação dos bancos de dados de perfis genéticos serão devidamente analisados.

⁸⁶ WAISELFSZ, Julio Jacobo. Mapa da violência 2011: os jovens do Brasil. 2011.

⁸⁷ <http://oglobo.globo.com/politica/apenas-quatro-mil-dos-cerca-de-50-mil-homicidios-cometidos-por-ano-no-pais-sao-resolvidos-2773316> - acessado às 21h20min do dia 20 de setembro de 2014

⁸⁸ <http://www.conjur.com.br/2011-mai-09/somente-homicidios-sao-resolvidos-50-mil-cometidos-pais> acessado às 21h42min do dia 20 de setembro de 2014

2.2 A utilização dos exames de DNA no Direito Comparado

Devido às especificidades e condições históricas de cada país observa-se que a tecnologia, de forma geral, pode ser recebida de modo diverso. Alguns países como os Estados Unidos e a Inglaterra foram pioneiros na utilização de exames de DNA como prova no processo penal, enquanto outros foram incorporando a modalidade pericial com maior cautela. Em todos os casos, um dos temas mais recorrente e controverso é a possibilidade de imposição da coleta do material genético.

Em alguns países o exame ocorre de modo irrestrito bastando que exista uma suspeita, em outros, em alguns momentos a coleta coercitiva não foi aceita. Para uma compreensão mais aprofundada do tema e para a determinação do entendimento pátrio faz-se necessário analisar alguns casos.

2.2.1 Direito alemão

Em qualquer sistema de civil law há uma tensão entre a intimidade e privacidade do acusado e a busca pela verdade. A prática alemã, assim como a brasileira, é um exemplo dessa luta constante entre essas demandas. Enquanto a maior parte dos tribunais tem atuado no sentido de garantir proteger os direitos dos acusados, o poder legislativo tem mostrado uma tendência a aumentar o poder do Estado de adentrar dentro do campo de privacidade do acusado⁸⁹.

Na Alemanha os exames corporais podem ser ordenados pelo juiz, pelo representante do Ministério Público ou mesmo pela autoridade policial, em caso de urgência. Até 1933, o Código Penal alemão permitia apenas exames sobre a superfície corporal. A partir daquele ano, com a introdução do parágrafo 81 “a” admitiu-se a intervenção corporal de caráter invasivo. Vale ressaltar que, nessa época, não havia a possibilidade de realização de exames de DNA. Em 1997, foram acrescentados os parágrafos 81 “e” e “f” para abarcar a previsão de exames genéticos⁹⁰.

⁸⁹ ROXIN, Claus. Involuntary Self-Incrimination and the Right to Privacy in Criminal Proceedings. *Isr. L. Rev.*, v. 31, p. 74, 1997.

⁹⁰ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. 2007.

2.2.2 Direito espanhol

Em recente pronunciamento do Tribunal Supremo espanhol (Casación nº 10759/2011 P com sentença: nº 827/2011 de fecha 25/10/2011) observou-se o seguinte entendimento (grifos nossos):

[...]

b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, **la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras**. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. **Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.**

c) en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos [...] ⁹¹

É interessante notar que a Corte espanhola considera que se o acusado colaborar com a intervenção deve fazê-lo de modo escrito e que ela representa verdadeiro instrumento de legitimação da intervenção Estatal. Essa colaboração é essencial para que o exame possa ocorrer, contudo nos casos em que não há consentimento ou colaboração por parte do acusado deve haver obrigatoriamente a autorização judicial. O tribunal preocupou-se ainda em deixar claro que a autorização judicial não legitima a pratica de atos violentos contra o acusado.

2.2.3 Direito inglês e norte-americano

Nos países de tradição do *common law* a pratica do exame de DNA

⁹¹ Livre tradução:

b) Quando, ao contrário, tratar-se de amostras e fluidos cuja obtenção requer um ato de intervenção física e, portanto, a colaboração do imputado, seu consentimento funcionará como uma verdadeira fonte de legitimidade da interferência do Estado que representa a obtenção de tais amostras. Nestes casos, se o acusado está preso, o consentimento demanda a assistência jurídica. Esta garantia é exigível, nem mesmo ao detido, quando as amostras são obtidas não através de um ato de intervenção, mas fazendo uso de resíduos ou excrementos abandonados pelo acusado.

c) nas ocasiões em que a polícia não tem a cooperação do acusado e ele se recusa a consentir com a prática dos atos de inspeção, reconhecimento ou intervenção corporal que são necessários para a obtenção de amostras, a autorização judicial é indispensável. Esta resolução não poderá legitimar a pratica de quaisquer atos violentos

obrigatório tem sido reiterada. Na Inglaterra, desde 1984, há uma distinção entre amostras biológicas íntimas e não íntimas sendo que a coleta dessas últimas dispensa o consentimento do acusado. A diferença entre esses dois tipos de amostras é somente a região do corpo humano em que ela é colhida. Amostras colhidas em cavidades corporais eram consideradas íntimas, contudo, desde 1994, com o Criminal Justice and Public Order Act, a cavidade bucal não mais representa fonte de amostras biológicas íntimas⁹².

Nos Estados Unidos o *privilege against self incrimination* restringe-se principalmente às declarações e, em alguns casos, à apresentação de documentos. Com efeito, é possível extrair material genético inclusive em casos de condução de veículos automotores em estado de embriaguez.

Nesses países a utilização de bancos de dados de DNA representa de fato um aumento no número de condenados tendo em vista o fato de que o Estado recolhe o material genético dos cidadãos com enorme facilidade.

⁹² HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. 2007.

CAPÍTULO 3

3.1 – O Exame de DNA, os direitos individuais e o interesse coletivo.

O processo penal tem em si a contradição entre a manutenção dos direitos individuais e o interesse coletivo. Admitir a prevalência de um desses elementos sobre o outro implica, como dito anteriormente, a existência de um processo injusto ou ineficiente, uma vez que se os direitos individuais são erigidos ao patamar de intangibilidade absoluta não há, em última instância, como realizar a persecução penal e, caso o interesse coletivo seja alçado a esse patamar não há que se falar em justiça, mas sim em vingança e linchamento reconhecido pelo Estado. Segundo Maria Elizabeth Queijo (2003):

Se, em dado ordenamento, sobrepõem-se, de todas as formas, interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado: não há vedação de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão das provas nem restrições à valoração destas [...] Tudo se justifica em prol da busca pela verdade, que é perseguida a qualquer preço. Esta é a fórmula adotada, via de regra, nos Estados autoritários.

No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, nessa ótica, nenhuma limitação dos direitos fundamentais, inclusive, ao nemo tenetur se detegere.⁹³

Nesse escopo, o próprio processo penal representa uma forma de harmonizar esses interesses aparentemente antagônicos. Para tal objetivo uma das ferramentas utilizadas são as provas periciais realizadas por um perito que, assim como o juiz, é – ou deve ser – desinteressado pela causa. As provas produzidas pelos peritos fundamentam-se em conhecimentos científicos de modo que, ao contrário do que se pensa, não são dotadas de verdade dogmática, mas sim podem e devem ser submetidas aos questionamentos naturais da construção do conhecimento científico.

No âmbito do processo, tais questionamentos podem compor a esfera do contraditório que, no aspecto científico, deve questionar se a técnica utilizada foi correta, se a metodologia empregada foi isenta de erros, se os resultados condizem com a realidade etc. No âmbito jurídico deve-se questionar se a produção de tais

⁹³ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2003. P. 131

provas não ofendeu nenhum direito individual, se foi realizada de acordo com a Lei e se não ofendeu o conteúdo da Constituição.

Sendo assim, não deveria ser possível condenar pessoas com base apenas em afirmações, mas sim com base em um conjunto probatório robusto e diversificado. Caso não sejam atendidos esses requisitos corre-se o risco de realizar condenações cada vez mais absurdas baseadas em alegações sem sentido. Segundo o promotor aposentado do Estado de São Paulo Roberto Tardelli:

Tudo se justifica no combate à impunidade. E o índice de condenação é altíssimo, com prova ou sem prova, porque o juiz também se sente como soldado dessa guerra. Os advogados estão absolvendo cada vez menos. Como procurador de Justiça, era raríssimo ver um recurso do MP. É difícil para o advogado atuar em processos assim. Vem um delegado e diz: “O réu assumiu pra mim, em reservado, que era traficante.” E essa é a prova.

[...]

Não há inocentes. A partir do momento que a polícia te pegou, você é culpado. Pode não ter sido isso, mas alguma outra você aprontou. Se a polícia pôs as mãos em você, boa coisa você não é. Um dia, testemunhei a seguinte cena. O juiz perguntou para o réu: “O senhor é primário?” O réu respondeu: “Sim.” O juiz retrucou: “Mas o seu irmão não é.”⁹⁴

Nesse sentido, deve-se primar por um padrão de provas cada vez mais elevado, tendo em vista o poder destrutivo do Direito Penal. Um fortalecimento do sistema probatório no processo penal é, ao mesmo tempo, uma garantia individual no sentido de que se torna mais difícil condenar uma pessoa de modo errôneo ou com base em alegações questionáveis, bem como uma garantia coletiva de aplicação mais eficiente do Direito Penal.

Sendo assim, quando se analisa a aplicação dos exames de DNA, surgem diversos questionamentos quanto à manutenção ou ofensa à privacidade, possibilidade de eugenia e surgimento de uma política neo-lombrosiana. Nesse sentido, alguns autores consideram a aplicação de exames de DNA como sendo uma verdadeira ameaça às garantias constitucionais.

Ocorre que uma análise mais criteriosa pode demonstrar justamente o contrário, isto é, o DNA é uma poderosa ferramenta para a manutenção dos direitos e garantias previstos na Constituição. É possível demonstrar como essa ferramenta pode fortalecer os direitos e garantias fundamentais.

⁹⁴ <http://jota.info/materias29-roberto-tardelli-o-mp-esta-se-tornando-o-tea-party> acessado às 20h do dia 01/08/2014

3.1.1 Direito à vida

O direito à vida pode ser considerado como sendo a base de todos os demais direitos e garantias fundamentais presentes na Carta Magna. Dessa forma, o sistema penal deve garantir e preservar de modo especialmente sensível esse direito. Vale ressaltar que tanto a vítima quanto o criminoso são igualmente titulares do direito à vida sendo imprescindível sua manutenção e garantia frente ao desejo punitivo social e estatal que, não raro, possui uma visão turvada e distorcida pelo desejo de expiação pública.

Nesse sentido, o DNA pode ser visto como uma ferramenta poderosa para a garantia desse direito basilar que não se limita à existência devendo ser entendido como direito à plenitude da existência humana⁹⁵. Em muitos casos a adequada identificação do autor do crime pode impedir a continuidade de uma cadeia delitiva gerando a diminuição do número de crimes, suspeitos, exames periciais, diligências policiais e vítimas⁹⁶.

Em 2009, cinco mulheres foram violentadas e mortas em Contagem, região metropolitana de Belo Horizonte, Minas Gerais⁹⁷. Em cada um dos crimes a polícia recolheu material genético deixado nos corpos das vítimas e o enviou ao laboratório. A análise de DNA demonstrava que todos aqueles crimes haviam sido praticados pela mesma pessoa – que ficou conhecido como o *Maníaco de Contagem* –, contudo, uma vez que não havia um banco de dados, era impossível determinar a identidade do criminoso. Vale ressaltar que o banco de dados de DNA seria criado somente em 2013, através do decreto 7.950/13.

Após a quinta morte, o suposto autor foi localizado e preso. Ele já era conhecido pela polícia pela prática de latrocínio. Dessa forma, caso o DNA do autor estivesse cadastrado no banco de dados, conforme o que determina o artigo 9ºA da Lei 7.210/84 (alterada pela Lei 12.654/12), após a primeira vítima, ele teria sido identificado⁹⁸. Note-se que, de acordo com o referido dispositivo, o Maníaco de Contagem somente teria seu material genético recolhido caso fosse condenado pelo crime de latrocínio não bastando apenas “ter passagem” por crime de Latrocínio.

⁹⁵ DE ANDRADE, Jorge Márcio Pereira. DIREITO À VIDA. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência– Versão Comentada–, p. 54.

⁹⁶ DOLEAX, J. The Effects of DNA databases on crime, 2012

⁹⁷ <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2012/09/homem-e-condenado-mais-de-36-anos-por-estupro-e-assassinato.html> acessado às 19h do dia 08/10/2014

⁹⁸ Revista Consulex, ano XVII, Nº389 1º de Abril de 2013, págs. 25 a 27

3.1.2 O exame de DNA em face do *Nemo Tenetur se Detegere*: caso Roberta Jamilly

Um interessante aspecto que pode surgir da análise desse caso (maníaco de contagem), bem como outros semelhantes, é a possibilidade de se considerar a existência de uma espécie de prova pré-constituída ou pré-esquemmatizada em face do autor que teve seu material genético anteriormente coletado em decorrência de condenação por crime doloso cometido com violência de natureza grave contra a pessoa ou crime hediondo – artigo 9-A da lei 7.210 de 11 de Julho de 1984.

É possível imaginar que, uma vez que seu DNA encontre-se armazenado em um banco de dados, o autor será alvo direto de exame e comparações após o cometimento de um crime que deixe vestígios. Dessa forma, observar-se-ia uma ofensa direta ao *nemo tenetur se detegere*, haja vista o fato de ter sido obrigado a entregar seu material genético em momento anterior.

Segundo QUEIROZ (2003) “é inegável que o princípio do *nemo tenetur se detegere* representa barreira à atividade investigatória e probatória ilimitada por parte do Estado”. Ora, se o Estado não pode ter uma atividade probatória e persecutória ilimitada decorre desse mesmo axioma a necessidade de que o Estado tenha alguma atividade probatória e persecutória. Nesse sentido, deve haver uma medida de limitação dos interesses individuais, haja vista o fato de que o processo penal lida necessariamente com a oposição entre os interesses coletivos e os interesses individuais. Nenhum deles pode prevalecer sobre o outro, conforme dito anteriormente.

Sendo assim, o *quantum* probatório ou persecutório do Estado deve respeitar parâmetros como legalidade, intimidade, dignidade e razoabilidade, por exemplo. Com efeito, assim como não é razoável realizar coletas em pessoas que não sejam suspeitas do cometimento de nenhum crime, não parece correta a ideia de que haveria uma espécie de prova pré-constituída ou pré-arquitetada no momento em que o condenado por crime hediondo ou doloso com violência de natureza grave tivesse seu material genético colhido.

Realizar tal consideração seria o mesmo que defender que o autor do crime pelo qual veio a ter seu material coletado necessariamente reincidiria e necessariamente estar-se-ia constituindo uma prova futura contra ele. Decorre do princípio da presunção de inocência o fato de que o autor de um crime não pode ser

visto como sendo um criminoso contumaz que, se for solto, reincidirá.

Por outro lado, a coleta do material genético, no que tange ao interesse público, de condenados pelos crimes descritos no artigo 9º-A da Lei 7.210/84 representa a adoção de práticas preventivas no estilo da “periculosidade suspeita”⁹⁹ de Zaffaroni (2007). Na verdade, é possível afirmar que tais práticas são fundadas em uma análise probabilística – ainda que não necessariamente levem em conta as causas do fenômeno da reincidência¹⁰⁰.

O sociólogo norte-americano Amitai Etzioni (2004) ao tratar da relação entre os direitos individuais e o bem comum faz interessantes considerações sobre a existência de uma espécie de progressividade de direitos individuais com base na condição em que se encontra o titular desses direitos. O autor observa uma gradação na abrangência dos direitos individuais entre uma pessoa sem qualquer tipo de suspeita, o suspeito / indiciado, o réu e o condenado: O cidadão sem qualquer tipo de suspeita tem todos os seus direitos assegurados e sem qualquer restrição. Por outro lado, uma vez que uma pessoa é definida como suspeita ou indiciada em sede de uma investigação policial, mesmo que deva ser considerada inocente devido ao princípio da presunção de inocência, ela tem uma diminuição sensível em seus direitos individuais¹⁰¹.

O indiciado pode ser conduzido à delegacia para prestar depoimento ou responder a questionamentos além de ser visto de modo diferente pela opinião pública e pela sociedade de modo geral. O réu, por seu turno, pode, por exemplo, ter sua prisão cautelar decretada, além de ter sua intimidade e imagem prejudicadas, mesmo que o processo seja conduzido de modo perfeito. Por derradeiro, o condenado tem normalmente sua liberdade retirada e, mesmo após cumprir sua pena carrega o estigma social de ex-presidiário.

Dessa forma, o sociólogo defende que a coleta de material genético de condenados seria uma limitação aceitável e ínfima de direitos individuais, uma vez que resultaria em um ganho maior no campo dos direitos sociais ou do bem comum¹⁰². Nesse sentido, a mencionada coleta obrigatória é observada como um dos efeitos da condenação e não como mecanismo de produção antecipada de provas.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. P 110 Revan, 2007.

¹⁰⁰ NASSIF, Aramis. Reincidência: necessidade de um novo paradigma. **Revista de Estudos Criminais**, v. 1, n. 04, 2001.

¹⁰¹ ETZIONI, Amitai. DNA tests and databases in criminal justice: individual rights and the common good. **DNA and the criminal justice system: The technology of justice**, p. 197-223, 2004.

¹⁰² Idem, ibidem

Essa questão adentra em terreno terrivelmente tormentoso quando há a recusa do condenado em fornecer o material genético, uma vez que constitucionalmente é assegurado a ele o *nemu tenetur se detegere* de modo que sua negativa não pode ser entendida como sendo uma espécie de má fé ou intenção delitiva posterior. Contudo, esse não é o entendimento que se extrai do texto da Lei 12.037 que, não menciona a possibilidade de o condenado recusar-se a esse procedimento.

Como solução direta dessa controvérsia, pelo menos em um primeiro momento, entendemos que deve ser observada a Constituição, uma vez que é o Direito Penal que deve submeter-se aos comandos constitucionais¹⁰³. Sendo assim, caso o condenado por crimes hediondos ou praticados com violência ou grave ameaça se recuse a ceder material genético nenhum efeito poderá surgir dessa negativa cabendo ao Estado a busca por meios alternativos de prova que não coloquem o acusado na posição ativa de ser obrigado a produzir a prova que lhe prejudica.

Por outro lado, caso o indivíduo concorde em ceder seu material genético e posteriormente seja identificado através deles não pode alegar ter sido compelido a produzir provas contra si mesmo. Sendo assim, o consentimento para qualquer forma de coleta de material genético deve ocorrer sempre de modo escrito (ainda que simples assinatura em formulário padronizado).

Os exames de DNA não se resumem aos casos nos quais o material genético de um condenado é coletado e armazenado para futura comparação. Há situações nas quais o autor deixa material biológico como sangue, saliva, sêmen, fezes urina etc. na cena do crime e não há qualquer registro nos bancos de dados.

Nesses casos, o material coletado na cena de crime pode ser armazenado e posteriormente analisado e comparado com o material coletado de suspeitos. Em que pese o fato de esse mesmo tema ser discutido em momento posterior no presente trabalho é necessário ressaltar que o *nemu tenetur se detegere* deve ser assegurado, de modo que o suspeito (ou o réu) normalmente não pode ser obrigado a fornecer amostras de seu material genético para exames comparativos. Note-se ainda que essa situação não se assemelha àquela descrita anteriormente na qual o condenado

¹⁰³ LOPES JR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional, vol. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

por determinado crime pode fornecer amostras de seu material genético, não em razão de crime que ainda não cometeu, mas em decorrência de uma condenação.

Pode-se dizer ainda que cabe ao Estado, representado pelas Polícias (sobretudo os órgãos periciais) e pelo Ministério Público, a busca por alternativas, dentro das limitações constitucionais, para a produção das provas desejadas. Em outras palavras, o Estado não pode compensar sua atuação amadorística com a edição de leis que visam suprimir garantias constitucionais.

Um exemplo de sucesso referente à busca por meios alternativos de produção de provas que respeitem os direitos e garantias fundamentais, sobretudo o direito de não cooperar com a produção de provas prejudiciais aos interesses pessoais, foi o caso Roberta Jamilly. Em 2002, a imprensa brasileira divulgou amplamente o caso da subtração de Pedro Rosalino Braule Pinto, o Pedrinho, e Aparecida Fernanda Ribeiro da Silva, retirados de maternidades em Brasília e em Goiânia por Vilma Martins Costa, em 1986 e 1979, respectivamente¹⁰⁴.

Diante do questionamento de sua origem biológica, Pedro decidiu submeter-se a realização de exames de DNA, contudo Roberta Jamilly recusou-se a fornecer seu material biológico. Ocorre que, em determinada ocasião, Roberta compareceu a uma Delegacia de Polícia, em Goiânia, para prestar depoimento e, enquanto esteve no local, fumou um cigarro deixando, dessa forma, sua saliva no referido objeto que posteriormente foi descartado. O material foi então imediatamente recolhido e enviado ao laboratório para a realização dos exames necessários à investigação.

As amostras de DNA recolhidas na ponta do cigarro foram comparadas com as amostras da suposta mãe biológica e os exames comprovaram, por exclusão, que não havia parentesco genético entre Roberta e Vilma. Nesse caso, não seria necessário o consentimento da interessada para a realização dos exames, uma vez que o material recolhido havia sido espontaneamente descartado em local público. Além disso, não é sequer necessário falar que o método de coleta utilizado foi minimamente invasivo, uma vez que não houve qualquer contato entre o órgão que realizou a coleta e a pessoa detentora do material genético.

Dessa forma, pode-se dizer que o método de produção de provas escolhido foi extremamente eficiente e pôs fim ao drama de duas famílias que, por mais de uma

¹⁰⁴ <http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/10/sequestradora-de-pedrinho-causa-tumulto-ao-levar-crianca-cais.html> acessado às 19h10min. do dia 15 de outubro de 2014

década e meia, sofreram sem saber o paradeiro de um dos seus membros. Além disso, é importante ressaltar que o mesmo resultado poderia ter sido, em tese, obtido caso a detentora do material genético tivesse, por exemplo, bebido água em um copo descartável ou de vidro, uma vez que seria possível coletar material genético de sua saliva ou mesmo de suas impressões digitais deixadas na superfície externa.

Por derradeiro, deve-se dizer que o objetivo não é fazer com que os órgãos periciais e policiais sejam responsáveis por descobrir métodos alternativos ou mesmo esdrúxulos de obtenção de material genético como, por exemplo, seguir uma pessoa esperando que em determinado momento se desfaça de objeto que contenha DNA. Espera-se, na verdade, que a prova seja obtida do meio menos gravoso possível e que o acusado, indiciado, suspeito ou réu tenha a menor participação possível em sua produção. Espera-se ainda que a incapacidade Estatal seja suprida com investimentos e capacitação ao invés de legislação supressora de direitos. É claro que a Lei deve prever – e o faz – casos nos quais o consentimento do acusado possa ser dispensado e o *nemo tenetur se detegere* possa ser afastado, afinal não se trata de um princípio de caráter absoluto.

3.1.3 Presunção de Inocência

O conhecido adágio que reza ser melhor deixar mil culpados livres que enclausurar um inocente somente pode ser compreendido de fato em um Estado Democrático de Direito e em uma perspectiva de garantismo penal, uma vez que somente a partir desses marcos é possível valorar de fato a liberdade e entender que o sistema penal é uma ferramenta de garantia de direitos e não somente uma forma de previsão e aplicação de punições.

Sendo assim, nesse escopo, ganham destaque os princípios da presunção de inocência e o *nemo tenetur se detegere* sendo que esse último pode ser entendido a partir da combinação do anterior com a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal. Em que pese a inegável a importância de ambos os princípios, eles costumeiramente sofrem limitações em suas respectivas abrangências.

Tais limitações ocorrem muitas vezes devido ao próprio compasso da persecução penal que, ainda que bem executada e dentro de todos os parâmetros de legalidade, muitas vezes, não é tão célere quanto o desejado. Deve-se ter em mente

ainda que em faculdades de Direito o princípio da presunção de inocência é sempre lembrado, contudo o mesmo não ocorre no âmbito da opinião pública.

Nesse sentido, pode-se afirmar que quanto mais rápida for a identificação do autor de determinado delito menor será a humilhação, o sofrimento e os custos sociais de uma pessoa ser investigada pela polícia. Ora, se o legislador constitucional considerou a realização de identificação criminal através das impressões digitais – que tem procedimento idêntico ao da identificação civil da cédula de identidade, diferenciando-se somente as circunstâncias – algo extremamente ofensivo à dignidade da pessoa humana (de modo que somente pode ser realizado em casos determinados), é certo que ser indiciado ou mesmo investigado é, no mínimo, igualmente desairoso. Com efeito, a utilização de exames de DNA pode contribuir para a rápida resolução de casos e para afastar boa parte dos inconvenientes da investigação criminal.

Dessa forma, pode-se imaginar a seguinte situação: uma mulher, enquanto encontrava-se inconsciente e internada em um hospital, é vítima de estupro e engravida. A polícia realiza investigações e descobre que, na data do fato, algumas pessoas dentre médicos, enfermeiros e visitantes tinham acesso direto ao leito da vítima. Essas pessoas tornam-se imediatamente suspeitas. Sem a possibilidade de realizar exames de DNA, outras diligências devem ser realizadas de modo que cada um dos suspeitos deve ser questionado e suas alegações devem ser verificadas. Além disso, a polícia deverá questionar também os supervisores, os familiares dos suspeitos e as eventuais testemunhas. Essa situação perduraria indefinidamente até que fosse possível apontar o autor do delito.

Por outro lado, caso fosse possível aplicar exames de DNA, a polícia poderia requisitar amostras de sangue, por exemplo, de todos os suspeitos que, de acordo com o *nemo tenetur se detegere*, não seriam obrigados a ceder o material (podendo a negativa, em último caso, desde que provada a adoção de meios alternativos, ser suprimida por decisão judicial devidamente fundamentada), mas provavelmente todos (ou quase todos) os envolvidos forneceria as amostras voluntariamente para que pudessem livrar-se da condição incômoda de suspeitos o mais rápido possível. Dessa forma, ter-se-ia uma solução rápida e menos danosa.

Sendo assim, o exame de DNA pode ser uma ferramenta para garantir a efetividade da presunção de inocência. Não há qualquer incompatibilidade entre a

realização de tais exames, o *nemo tenetur se detegere* e o princípio da presunção de inocência. Em verdade, a aplicação de exames de DNA pode ser uma poderosa ferramenta tanto para a garantia da presunção de inocência, desde que sejam respeitados todos os direitos constitucionais, bem como para a persecução penal ágil e profissional.

3.1.4 Biopolítica

Muitos críticos da utilização de exames de DNA, principalmente nos Estados Unidos, levantam a possibilidade da utilização dessa técnica para realizar uma verdadeira seleção genética¹⁰⁵. Essa espécie de seleção foi comentada pelo filósofo francês Michel Foucault (1976) que alertou para a possibilidade do surgimento de uma “biopolítica”:

A disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. Logo, depois de uma primeira tomada de poder sobre o corpo que se faz consoante o modo individualização, temos uma segunda tomada de poder que, por sua vez, não é individualizante, mas que é massificante, se vocês quiserem, que se faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie. Depois da átomo-política do corpo humano, instaurada no decorrer do século XVIII, vemos aparecer, no fim do mesmo século, algo que já não é uma átomo-política do corpo humano, mas que eu chamaria de ‘biopolítica’ da espécie humana¹⁰⁶.

De fato a possibilidade de realização de segregações ocorre, contudo não é possível atribuí-la a uma determinada tecnologia, uma vez que o desenvolvimento tecnológico produz apenas ferramentas que podem ser manipuladas das mais diversas formas possíveis cabendo aos usuários decidirem por uma ou outra forma de utilização.

Nesse sentido, é muito comum que autores contrários à aplicação de determinadas tecnologias argumentem lembrando as atrocidades perpetradas pelos

¹⁰⁵ ROTHSTEIN, Mark A.; TALBOTT, Meghan K. The expanding use of DNA in law enforcement: What role for privacy?. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, v. 34, n. 2, p. 153-164, 2006.

¹⁰⁶ FOUCAULT, Michel; GALVÃO, Maria Ermantina. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. 1999.

regimes nazistas como se a realização de exames de DNA, por exemplo, pudesse conduzir diretamente aos regimes totalitários. Ora, não utilizar o conhecimento genético para a persecução penal seria o mesmo que proibir a circulação de trens sob a alegação de que eles poderiam ser utilizados para levar pessoas para campos de concentração¹⁰⁷.

No que se refere aos exames de DNA para fins de persecução penal, tanto no Brasil quanto no exterior, a verdadeira ameaça do surgimento de uma espécie de “biopolítica” encontra-se no fato de que os exames são realizados com base em dados estatísticos. De modo mais claro, quando é estabelecida uma coincidência entre o material genético presente no banco de dados, por exemplo, e o do suspeito de determinado delito é necessário realizar um cálculo estatístico que leva em conta a frequência de determinado gene na população a qual pertencem os indivíduos examinados. Quanto mais frequente for determinado gene, maior será a dificuldade de se afirmar a identidade (ou determinar a existência de parentesco), uma vez que muitas pessoas podem ter essa mesma característica e, portanto, podem ser fonte desse material genético¹⁰⁸.

No Brasil, os bancos de dados serão consolidados a partir de material genético recolhido de condenados e também não há garantia de que as frequências calculadas levem em consideração as populações indígenas, por exemplo. Além disso, se os dados de frequência genética forem obtidos a partir dos bancos de dados de condenados o que ocorrerá será uma verdadeira instauração de uma política neolobrosiana em um sistema que se alimenta de si mesmo.

A solução seria montar um banco de dados variado com amostras diversificadas e anônimas que representasse a população como um todo. Esse banco de dados não teria e nem poderia ter caráter penal, mas deveria ser apenas uma ferramenta para que fosse possível calcular a frequência dos genes nas diversas populações brasileiras. Nos Estados Unidos, os dados referentes aos latino-americanos provêm de grupos da Califórnia do Sul e da Flórida e não há qualquer segurança de que esses dados representem também os habitantes das américas central e do sul¹⁰⁹.

¹⁰⁷ ETZIONI, Amitai. DNA tests and databases in criminal justice: individual rights and the common good. **DNA and the criminal justice system: The technology of justice**, p. 197-223, 2004.

¹⁰⁸ BOEIRA, Alfredo Gilberto. O perfil de DNA como prova judicial—uma revisão crítica. **Revista dos Tribunais**, v. 714, p. 290-297, 1995.

¹⁰⁹ BOEIRA, Alfredo Gilberto. O perfil de DNA como prova judicial—uma revisão crítica. **Revista dos Tribunais**, v. 714, p. 290-

3.1.4 O direito à intimidade: caso Glória Trevi

No início da década de 2000, a cantora mexicana Gloria de Los Angeles Treviño Ruiz teria buscado refúgio no Brasil após ter sido processada por abuso sexual e corrupção de menores no México¹¹⁰. Após as acusações, o Estado mexicano enviou ao Brasil um pedido de extradição. Glória foi encontrada em Copacabana, no Rio de Janeiro, e presa tendo sido conduzida até a carceragem da Polícia Federal, em Brasília. Durante sua estadia na carceragem, a cantora engravidou e alegou que sua gravidez fora fruto de um “estupro carcerário”.

Essa grave acusação deu ensejo a um Inquérito Policial que visava verificar as condições da gravidez e determinar as responsabilidades administrativa e penal de vários servidores da Polícia Federal que se encontravam trabalhando durante a custódia de Gloria, bem como alguns detentos que estiveram na carceragem da Polícia Federal no mesmo período.

Uma acusação, sem quaisquer provas, levou a uma verdadeira comoção e a um julgamento prévio por parte da corte da opinião pública¹¹¹. Os policiais federais foram postos em suspeição perante a sociedade e suas famílias, a própria Polícia Federal sofreu abalos consideráveis em sua honra e imagem e o princípio da presunção de inocência foi, em vários momentos, esquecido.

Visando demonstrar a inocência da maior parte dos suspeitos, bem como apurar o possível delito, os policiais federais e os detentos ou ex-detentos forneceram voluntariamente amostras de seus materiais genéticos para que fosse possível realizar exames de paternidade a partir do material genético do nascituro. No entanto, no momento em que a cantora mexicana tomou conhecimento da intenção de realização dos exames de DNA para a descoberta da paternidade de seu filho negou-se a ceder o material genético.

Ante a negativa da cantora, o Delegado Federal responsável pelo caso requereu a ordem judicial ao juízo de primeiro grau para que fosse realizada a coleta de material genético da placenta da parturiente. Tal pedido foi deferido, contudo, inconformada com a decisão, Glória recorreu ao Supremo Tribunal Federal

297, 1995.

¹¹⁰ http://veja.abril.com.br/241001/p_132.html acessado às 21h30min. do dia 08/10/2014

¹¹¹ Idem, ibidem

(Reclamação Constitucional 2040-1/DF) argumentando que, por se tratar de extraditanda, com processo ainda não transitado em julgado perante o STF, estaria sob a cautela desse Tribunal, de modo que o juízo de primeiro grau não poderia determinar qualquer medida em relação a ela, sob pena de invasão de competência determinada constitucionalmente.

Além disso, a reclamante aduziu, em síntese, que tinha conhecimento de que a coleta do material (a partir da placenta) e o exame seriam realizados à revelia de seu consentimento o que, segundo ela, representaria violação do direito constitucional à intimidade, privacidade e demais direitos de personalidade de seu filho com fulcro no artigo 5º, X e XLIX da Carta Magna.

Ao analisar a questão, o Ministro Néri da Silveira concedeu liminar para que houvesse a coleta, identificação e armazenamento adequado da placenta da parturiente sem, contudo, haver a entrega do material à Polícia Federal. Dessa forma, o Ministro garantiu ao mesmo tempo a tutela de urgência requisitada e a possibilidade de realização do exame supracitado. No plenário, o Ministro Sepúlveda Pertence foi voto dissidente quanto ao recebimento da reclamação alegando que não se tratava de questão de competência da Corte Suprema e que processos penais contra extraditados poderiam ocorrer sem que fosse necessária uma autorização por parte do Supremo Tribunal Federal.

Analisando a questão de fundo, o Relator, Ministro Néri da Silveira, mostrou que, ao contrário do que é natural imaginar, não há qualquer espécie de colisão de direitos fundamentais, uma vez que não há óbice ao exercício de um direito fundamental de determinada pessoa por parte do exercício de outro direito também fundamental por parte de pessoa diversa. Ora, se por um lado há o direito de privacidade e intimidade do nascituro, há também o direito de que ele possa ter conhecimento de sua real identidade genética. Nesse caso, a Suprema Corte entendeu que o direito de conhecer a identidade genética é incontestável e se sobrepõe às alegações da parturiente.

Se em um dos polos da questão prevaleceu o direito do então nascituro de conhecer seu genitor, no outro polo o que se observou foi o interesse de que a honra e a dignidade dos servidores, da Polícia Federal e até mesmo do Estado brasileiro fossem defendidas. Sendo assim, o Ministro Relator não divisou qualquer conflito de direitos fundamentais, mas sim verdadeira convergência, uma vez que ao realizar-se

o exame determinar-se-ia a identidade do verdadeiro pai do nascituro e, ao mesmo tempo, ter-se-ia a recuperação da honra e dignidade de, pelo menos, 60 (sessenta) pessoas. Ressalte-se ainda que a placenta seria descartada e, uma vez que é naturalmente retirada durante o procedimento médico, não há que se falar em invasão corporal para a obtenção da prova.

Dessa forma, pode-se destacar o seguinte trecho do voto do Ministro Relator:

Em poucas palavras, quando se definir o verdadeiro pai, automaticamente ocorrerá o resgate moral de outros SESENTA envolvidos, que se livrarão da pecha de estupradores que lhes foi imputada pelo senso comum.

Ora, cuida-se indubitavelmente de prestigiar direitos fundamentais dos sessenta inocentes no caso: 'a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol de garantias constitucionais (art. 5º)'¹¹²

Apesar de paradigmático, o caso Glória Trevi não esgota a discussão sobre o assunto. Para entender como os exames de DNA não representam grande ameaça à intimidade é necessário discutir um dos primeiros e maiores temores decorrentes de sua aplicação, qual seja: o temor de que os exames realizados possam fornecer informações íntimas sobre o sujeito e que tais informações revelem traços somáticos referentes à pré-disposição para doenças como câncer ou mesmo traços comportamentais como incapacidades intelectuais ou distúrbios mentais, por exemplo. De posse dessas informações o Estado poderia realizar políticas segregacionistas não mais involuntárias ou tendo como base critérios econômicos ou políticos, mas sim com base em dados biológicos muito mais precisos. Poderia ainda surgir a possibilidade de vazamento dessas informações que poderiam ser vendidas para planos de saúde ou outras empresas.

Nesse sentido, é importante reiterar a diferença o perfil genético e o Genoma. Esse representa toda a informação hereditária que se encontra codificada em no DNA, isto é, toda a informação genética existente no ácido desoxirribonucleico de determinado ser vivo, ao passo que aquele representa apenas uma parte, um perfil dessa informação. Como dito anteriormente, o Genoma jamais foi utilizado para realizar uma identificação criminal ou uma determinação de paternidade. Realizar o

¹¹² Voto do ministro Néri da Silveira, relator da RCL 2040-1/DF, fls. 161/221. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>.

sequenciamento completo do DNA de um suspeito ou condenado seria extremamente dispendioso e demorado.

Por outro lado, uma vez que o perfil genético representa apenas uma fração limitada de todas as informações que o ácido desoxirribonucleico pode fornecer, os exames de identificação humana tornam-se possíveis através de uma técnica comparativa. Vale dizer que o perfil genético extraído de uma amostra de DNA, a partir de um exame padronizado realizado em laboratórios policiais, não passa de uma sequência numérica. Um exemplo seria o seguinte perfil: 12,15-7,9-13,15-16,16-12,18-22,24-8,9-20,13-6,7-9,13-11,11-8,10-9,15-28,32, onde os pares de números separados por traços representam o número de repetições de determinados alelos herdados do pai e da mãe, respectivamente, em cada microssatélite¹¹³.

Dessa forma, pode-se dizer que ter o número de identidade ou do CPF de uma pessoa divulgado representa uma ofensa muito maior à sua intimidade do que a divulgação de seu perfil genético. Ressalte-se que a coleta de material genético realizada no corpo de uma pessoa, assim como qualquer outra busca corporal, pode representar ofensa à intimidade, não pela obtenção do perfil genético, mas sim pela própria intervenção.

O exame é realizado comparando-se o perfil obtido de uma amostra de local de crime, por exemplo, com o perfil obtido a partir de uma amostra de material biológico (sangue, fio de cabelo, saliva etc.) do suspeito. O resultado deve ser um valor capaz de mostrar qual é a chance de que ambas as amostras sejam iguais ou possuam a mesma sequência de genes (dado que cada um desses genes possui uma determinada frequência na população) e, mesmo assim, pertençam a pessoas diversas.

3.2 A experiência brasileira: a criação de Bancos de Dados de Material Genético no Brasil

Desde a primeira utilização de exames de DNA como prova em um processo penal, na década de 1980, na Inglaterra, essa tecnologia tem sido amplamente difundida e aplicada em diversos países. Os exames de DNA são, com

¹¹³ LIMA, Hélio Buchmuller. DNA x Criminalidade. *Revista Perícia Federal*, n. 26, p. 8-11, 2008.

frequência, descritos como extremamente exitosos em países como Estados Unidos e Inglaterra. No Brasil, a possibilidade de diminuição da impunidade (ou sensação dela) resultou em uma aceitação quase instantânea por parte de setores como a Polícia e o Ministério Público. Contudo, o funcionamento efetivo desses exames demandou primeiramente a existência de alterações na legislação então vigente e, em seguida, a implantação de uma análise constante da técnica empregada e das implicações jurídicas acerca do assunto. Esse último passo ficou a cargo da comunidade científica e jurídica.

Nesse sentido, é possível afirmar que a legislação atual possui ainda algumas imperfeições que, ao mesmo tempo, impedem a utilização de todo o potencial dessa classe de exames periciais e cria insegurança jurídica por suscitar contradições. Em momento oportuno a legislação aplicada ao tema será analisada.

Em 2004, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) iniciou um programa de apoio e investimento para disseminação da Genética Forense nos órgãos de Perícia Criminal no Brasil. Esse programa da SENASP é considerado um dos marcos iniciais do desenvolvimento da Genética Forense no país, haja vista o fato de que, a partir dele, foi possível ampliar os laboratórios existentes, construir outros, treinar peritos e determinar os procedimentos analíticos a serem adotados. Em 2009, o Brasil assinou o Termo de Compromisso para a utilização do software CODIS (Combined DNA Index System) desenvolvido pelo FBI. O Ministério da Justiça cria então uma rede integrada de bancos de dados formada por um banco nacional e 15 (quinze) bancos estaduais¹¹⁴.

Entender o funcionamento do sistema norte-americano é essencial para verificar a validade científica e jurídica dos procedimentos adotados. Sendo assim, vale dizer que o CODIS não guarda em bancos de dados gerenciados por ele nomes ou quaisquer outras informações pessoais. Segundo o FBI, o programa somente armazena as seguintes informações: perfil genético (sequência numérica), identificação da origem do material (qual delegacia ou qual órgão pericial enviou o material genético para o banco de dados); número identificador (não corresponde ao RG ou CPF do suspeito ou indiciado, mas sim apenas um número de identificação interna dos órgãos periciais, uma espécie de protocolo) e a identificação das pessoas responsáveis pela realização dos exames¹¹⁵.

¹¹⁴ Congresso Brasileiro de Genética Forense, 3º, 2011, Porto Alegre

¹¹⁵ <http://www.fbi.gov/about-us/lab/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet> acessado às 19h do dia 29/10/2014

É importante notar que há forte preocupação com a manutenção da intimidade das pessoas que tiveram seu material enviado para os bancos de dados de modo que o próprio sistema impede a entrada de dados que possam ser utilizados para associar diretamente um determinado perfil genético à determinada pessoa. Além disso, ainda que o perfil genético seja extraviado, aquela informação não terá qualquer valor se não puder ser associada à pessoa que detém o material genético ali representado.

3.3 A Legislação brasileira e suas contradições

A Lei 12.037 de 1º de outubro de 2009 regulamentou o artigo 5º, inciso LVIII, da Constituição dispondo sobre a identificação criminal. Posteriormente, a Lei 12.654 de 28 de maio de 2012 alterou dispositivos da Lei 12.037/09 e da Lei de execuções penais para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal. Em que pese o fato de o diploma legal de 2012 ter apresentado limitações necessárias e importantes ele também representou a inserção forçada de normas contraditórias o ordenamento jurídico.

De forma geral, pode-se dizer que o conjunto normativo supracitado previu a coleta de material genético em duas possibilidades, a saber: durante as investigações para apurar a autoria do crime e quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes.

3.3.1 Primeira possibilidade: durante as investigações policiais

No primeiro caso, durante as investigações, o suspeito terá seu material genético extraído para ser utilizado como prova na investigação e em posterior processo. Segundo o inciso IV do artigo 3º da Lei 12.037/09, para que se proceda à coleta do material genético deve haver a necessidade para a investigação policial e a autorização judicial. Vale ressaltar que a realização dos exames não depende do consentimento do suspeito. O que depende do seu consentimento é a coleta de amostras corporais ainda que se utilizem técnicas minimamente invasivas. Nesse sentido, consideramos perigosa a redação do inciso IV do artigo 3º da Lei 12.037/09 quando combinada com o parágrafo único do artigo 5º do mesmo diploma legal, uma

vez que prevê de modo demasiado amplo a possibilidade de supressão do consentimento do suspeito, o que pode levar à banalização desse procedimento, vejamos:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

[...]

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

[...]

Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3º, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

A determinação de ofício constante no inciso supracitado representa retrocesso ofendendo direitos e garantias individuais como a presunção de inocência, a imparcialidade do órgão julgador e o *nemo tenetur se detegere* além de ser, segundo Aury Lopes Jr. (2014), incompatível com o sistema acusatório constitucional. Com essa medida o Estado busca a solução mais simplória intrometendo-se na esfera da vida privada do indivíduo de modo injustificado, haja vista o fato de que, na maior parte dos casos, essa medida ofende a liberdade individual e a intimidade.

No que diz respeito ao aspecto da necessidade para as investigações, ainda que o texto legal tenha sido omissivo, é necessário que o pedido seja fundamentado e demonstre a impossibilidade de que a prova seja obtida por meio diverso. Em outras palavras, deve ser o último recurso e deve-se demonstrar que todos os demais falharam.

Em geral, é possível obter material genético do suspeito através de ações menos invasivas. Dessa forma, coagir uma pessoa a ceder amostras de seu DNA contra a sua vontade é muito mais degradante e invasivo que obrigá-la a suportar uma diligência de busca e apreensão em sua casa. De modo mais claro: seria melhor que o juiz concedesse, sempre após provocação, primeiramente um mandado de busca e

apreensão para recolher a escova de dentes do suspeito ou outros objetos com que tenha contato frequente e deles possa ser extraído o DNA e, caso tal diligência não se mostrasse efetiva, somente então seria concedida a coleta corporal, afinal a pessoa não pode jamais alterar seu material genético e para ocultá-lo deve ocultar-se a si mesma.

O objetivo não é excluir a possibilidade de coleta corporal, uma vez que é possível que o suspeito cerque-se de cuidados para dificultar ou impossibilitar a obtenção de material genético de modo alternativo. Novamente, esse procedimento deve ser a última das opções. Além disso, não se pode banalizar a coleta corporal como se fosse um procedimento inofensivo por ser “minimamente invasivo”. O corpo da pessoa é a última barreira de intimidade sendo que se essa intromissão ocorrer de modo banalizado representará uma violação do direito à privacidade, à dignidade da pessoa humana e poderá representar ainda a destruição do *nemo tenetur se detegere*.

Em relação à autorização judicial, deve-se observar que esse ato não é mera faculdade ou formalidade devendo ser fundamentado. Além disso, o juiz deve ser capaz de comprovar a necessidade do ato, bem como demonstrar a impossibilidade de prática de ato menos lesivo ou gravoso.

Ainda com relação aos dispositivos mencionados deve-se ter em conta que o legislador não especificou em quais delitos seria possível realizar a coleta corporal de material genético. Sendo assim, estão, em tese, sujeitos às coletas corporais tanto o suspeito de peculato quanto o suspeito de estupro ou latrocínio. Dessa forma, o legislador entregou nas mãos dos juízes um poder de decisão estrondoso a partir do qual, sem cautela, pode-se obliterar o *nemo tenetur se detegere*. Essa medida deve observar os princípios norteadores das medidas cautelares no processo penal, quais sejam: necessidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade^{116,117}.

Outro aspecto interessante que deve ser analisado é o fato de que a Lei 12.037/09 não prevê a possibilidade de coleta após a fase inquisitorial, ou seja, durante o processo. Dessa forma, por se tratar de norma restritiva de direitos fundamentais, entendemos não ser possível uma análise ampliativa. Há, contudo, uma exceção, uma vez que essa possibilidade deve ser deferida em matéria de defesa

¹¹⁶ CÂMARA, Luiz Antonio; SEBASTIÃO FILHO, Jorge. Encontro fortuito da prova: considerações sobre a incidência de cautelas probatórias nos crimes contra a ordem econômica. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 28, p. 433-464, 2012.

¹¹⁷ CÂMARA, Luiz Antonio. Reflexões acerca das medidas cautelares pessoais nos crimes contra o sistema financeiro nacional. GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (coords.). *Direito Empresarial & Cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004.

para prova da inocência do acusado.

Ainda considerando a produção de provas em sede de investigação policial, deve incidir o princípio da vinculação causal da prova. Em outras palavras, o perfil genético extraído do acusado somente pode ser utilizado como prova no processo que originou sua produção. Além disso, a disponibilidade dessas informações deve encontrar limite temporal no período de prescrição do crime. Dessa forma, não é possível que o material genético de um suspeito seja colhido e armazenado por tempo indeterminado. Mesmo que o suspeito seja posteriormente condenado não é necessário que seu perfil seja mantido no sistema de armazenamento de informações genéticas, uma vez que essas informações não poderão ser utilizadas para investigações futuras tendo em vista a incidência da vinculação causal.

Em relação ao período de manutenção dos dados nos sistemas de armazenamento, há duas possibilidades. A primeira versa sobre os casos nos quais de não é oferecida denúncia ou, se oferecida, não é aceita ou, se oferecida e aceita, o réu é absolvido. Nesses casos, aplica-se o disposto no artigo 7º da Lei 12.0370, *in verbis*:

Art. 7º No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que apresente provas de sua identificação civil.

Por outro lado, caso não ocorra nenhuma das situações previstas no mencionado dispositivo, deve-se aplicar o artigo 7º-A do mesmo diploma legal:

Art. 7º-A. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

Entendemos que, uma vez condenado o réu, seu material genético deveria ser excluído do banco de dados tendo em vista o fato de que a prova que foi produzida a partir da coleta supracitada aproveita somente ao processo que resultou em sua condenação. Além disso, caso o perfil genético seja mantido durante o cumprimento da pena, tendo em vista que a Lei prevê a possibilidade de extração de perfil genético de condenados por determinados crimes, essa informação deveria ser excluída no momento em que a pena tivesse sido integralmente cumprida.

3.3.2 Segunda possibilidade: condenados por crimes dolosamente praticados com violência grave ou crimes hediondos

Nesse caso, os condenados pela prática de crimes dolosos com violência de natureza grave e os condenados por crimes hediondos, conforme o artigo 9º-A da Lei de execuções penais, têm seu material genético automaticamente colhido e seu perfil extraído e armazenado em um banco de dados. Não há a necessidade de autorização judicial para a intervenção corporal (mas há para o acesso aos dados arquivados). Também não há qualquer referência ao consentimento do condenado. A única restrição é a natureza do crime cometido. O texto legal apresenta ainda certa inconsistências ao utilizar uma definição vaga, vejamos:

Art. 9º-A. Os condenados por **crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa**, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012)

O legislador não explica o que são os crimes praticados com violência grave contra a pessoa sendo assim há uma gama considerável de condutas que, em tese, podem amoldar-se ao comando legal. Interessante questionamento surge em relação à equiparação dos crimes de tortura, terrorismo e tráfico de drogas aos crimes hediondos. Uma vez que tais crimes são equiparados pelo artigo 2º da Lei 8.072, seria natural pensar que o mesmo tratamento legal deve ser dispensado a eles no âmbito da coleta de material genético. Essa equiparação, contudo, não ocorre na Lei 7.210 de modo que não há, para efeitos de coleta de material genético, correspondência entre esses delitos.

Importante ressaltar que o texto legal refere-se apenas a condenados sem fazer qualquer indicação mais precisa levando a crer que qualquer condenação gera a necessidade de coleta de material do réu. Ainda que a técnica de redação legislativa não tenha observado esse aspecto, decorre da leitura da Constituição, tendo em vista

a grande restrição de direitos fundamentais que a medida representa, a necessidade de trânsito em julgado para a efetiva obtenção do perfil genético. Além disso, não observar tal requisito seria, ao mesmo tempo, ofensa ao princípio da presunção de inocência e completo contrassenso, uma vez que haveria a possibilidade de o réu submeter seu material genético por ter sido condenado em primeira instância e posteriormente ter a sentença que determinou sua condenação reformada.

Em relação ao tempo que o perfil genético do condenado deve permanecer no banco de dados, a Lei de execução penal é terrivelmente omissa. Coube ao Executivo, no decreto 7.950/13, estabelecer esse prazo. Segundo o artigo 7º do referido decreto o perfil genético deverá ser excluído do banco de dados após o decurso do prazo prescricional, *in verbis*:

Art. 7º O perfil genético do identificado criminalmente **será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito**, ou em data anterior definida em decisão judicial.

A referida redação consigna o mesmo prazo disposto no artigo 7º-A da lei 12.037 sendo que ambas não consideram a possibilidade de o prazo prescricional não coincidir com o prazo da pena. O artigo 109 do Código Penal determina os prazos prescricionais para os casos em que não há sentença transitada em julgado. O artigo 110 do mesmo Códex, por seu turno, determina os casos em que houve sentença irrecorrível, vejamos:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

- I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

[...]

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Sendo assim, é possível que um condenado tenha pena aplicada de 12 anos e seis meses de modo que o prazo prescricional seria de 20 anos de acordo com a leitura do artigo 110, combinado com o inciso I do artigo 109 do código penal. Ocorre que, uma vez cumprido o prazo da pena o condenado deve ser considerado reabilitado em decorrência do princípio da presunção de inocência. Manter seu perfil genético armazenado após o cumprimento da pena seria uma espécie de pena por si só, uma vez que representa uma restrição de direitos (privacidade, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana).

3.4 A questão do consentimento

No primeiro dos dois casos estudados (obtenção de material genético durante as investigações policiais) entendemos que, assim como no caso espanhol, o consentimento do acusado é verdadeiro instrumento de legitimação do procedimento, desde que seja realizado por escrito, ainda que em formulário padronizado contendo uma breve descrição dos procedimentos realizados, suas implicações (possível utilização em processo penal a ser instaurado) e a assinatura do acusado.

Por outro lado, caso o suspeito negue-se a ceder seu material genético a polícia deve buscar meios alternativos de obtenção da prova desejada ou ainda meios que possam suprir a produção dessa prova. Caso não seja possível, a autoridade policial deve requisitar autorização ao judiciário para que a coleta seja realizada de modo coercitivo. É claro que essa coleta coercitiva deve ser realizada do modo menos invasivo possível. O método mais indicado é a coleta bucal. Ações violentas não podem ser perpetradas sob alegação de que a coleta coercitiva foi autorizada, contudo não há motivo para afastar o uso progressivo do poder coercitivo do Estado.

No segundo caso (após condenação transitada em julgado) observa-se uma situação completamente distinta em relação à obrigatoriedade da extração do material. Em que pese a Lei considerar que esse procedimento seja automático e não dependa da autorização do juiz, essa determinação revela-se inconstitucional haja vista o fato de que pode ofender o *nemo tenetur se detegere*. Caso o condenado forneça voluntariamente seu material genético – também mediante autorização escrita – não haverá qualquer ofensa à vedação de produção de provas contrárias a si mesmo. Por outro lado, caso o condenado seja obrigado a fornecer o material haverá ofensa ao princípio supracitado. Nesse caso a negativa do condenado não pode ser afastada por decisão judicial tendo em vista a inexistência de previsão legal. Nesse sentido, é possível recorrer ao entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de o acusado ser obrigado a fornecer padrões vocais ou padrões de escrita para a produção de provas que podem ser prejudiciais a ele, vejamos:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. REQUERIMENTO, PELA DEFESA, DE PERÍCIA DE CONFRONTO DE VOZ EM GRAVAÇÃO DE ESCUTA TELEFÔNICA. DEFERIMENTO PELO JUIZ. FATO SUPERVENIENTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA PELA PRODUÇÃO DA PROVA INDEFERIDO.

1. O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.

2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia.

(HC 83096, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/11/2003, DJ 12-12-2003 PP-00089 EMENT VOL-02136-02 PP-00289 RTJ VOL-00194-03 PP-00923)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE.

Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer

requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido.

(HC 77135, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170)

CONCLUSÃO

A preocupação com a manutenção dos direitos fundamentais como a intimidade, o *nemo tenetur se detegere* e a presunção de inocência é sempre salutar e qualquer possível ameaça deve ser estudada. Essas ameaças merecem atenção por representarem fissuras na estrutura processual sobre a qual o sistema penal é construído. Por outro lado, não se pode desconsiderar o desenvolvimento tecnológico e as possibilidades benéficas trazidas por ele.

Nesse sentido, os exames de DNA e a utilização de bancos de dados representam avanços consideráveis sobre metodologias antigas de produção de provas e identificação criminal. Fontes de erros judiciais como o reconhecimento através de fotografias, reconhecimento de voz ou identificações através de descrições podem ser afastadas com a utilização de exames de DNA que apresentam maior precisão e confiabilidade. Contudo, assim como uma ferramenta, a correta utilização dessa técnica depende do operador e da finalidade para que esse conhecimento é empregado. Dessa forma, é importante delimitar, dentro do contexto probatório, o alcance e as regras de produção desse tipo de provas.

Para definir os limites dessa ferramenta probatória é necessário entender seu correto funcionamento e sua forma de produção. Uma vez entendido o mecanismo básico de obtenção do perfil genético e a diferença entre ele e o genoma, é possível observar que a utilização dos conhecimentos genéticos no âmbito do processo penal não ofende a intimidade do suspeito tendo em vista o fato de que os dados obtidos a partir dos exames realizados fornecem informações relevantes apenas para o processo e, mesmo assim, somente quando inseridas em um contexto específico. Em outras palavras, a partir do material genético extraído de uma pessoa acusada extrai-se somente o perfil genético que nada mais é que uma sequência numérica indicando uma reduzidíssima fração de todos os genes do indivíduo (genoma). Essa informação somente pode ser utilizada para afirmar ou negar a identidade de uma pessoa e não tem qualquer outra utilidade.

Ainda que o exame de DNA não represente ofensa à intimidade, é inegável que, assim como a obtenção de outras provas, existe a possibilidade de que a vedação a autoincriminação seja fragilizada, uma vez que, caso o acusado negue-se a ceder seu material, a lei prevê a possibilidade de supressão de consentimento

através de decisão judicial. Essa supressão somente pode ocorrer mediante pedido devidamente fundamentado no qual se demonstre que a extração do material genético do acusado seja a última alternativa e que todos os meios alternativos mostraram-se ineficazes. Se, mesmo após a decisão judicial suprimindo o consentimento, o acusado negar-se a ceder seu material genético nenhum efeito processual poderá surgir e o exame não poderá ser realizado à força tendo em vista o fato de que a decisão judicial não pode representar autorização para prática de atos violentos.

A análise do caso Roberta Jammily revelou que o consentimento somente é necessário para que a amostra de material genético seja retirada da fonte, isto é, do corpo do acusado ou da pessoa que se deseja identificar. Sendo assim, observou-se que essa prova pode perfeitamente se produzida sem o consentimento do interessado e sem que, dessa forma, seja ameaçado o *nemo tenetur se detegere*.

No que diz respeito ao balanceamento entre o interesse público e os direitos individuais pode-se dizer que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm utilizado a proporcionalidade e a razoabilidade exigindo que a metodologia de obtenção seja não invasiva ou minimamente invasiva de modo que represente a menor intromissão possível na esfera de intimidade do indivíduo. No caso Glória Trevi o interesse coletivo recebeu maior peso tendo em vista tratar-se da honra e dignidade de sessenta policiais, bem como da honra, dignidade e moralidade administrativa da Polícia Federal e do Estado brasileiro. Nesse caso, a negativa de cooperação fundada na intimidade não se sustentou tendo em vista o fato de que não houve qualquer invasão corporal (a retirada do material necessário ao exame é procedimento médico necessário).

Tanto no caso Glória Trevi quanto no caso Roberta Jammily observou-se uma espécie de mitigação do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que a aplicação desse princípio resultaria em lesão grave a outros direitos fundamentais.

Dessa forma, pode-se concluir que a partir da utilização correta dos exames de DNA e bancos de dados surge uma ferramenta poderosa para a manutenção de direitos fundamentais previstos na Constituição. Vale ressaltar que essa ferramenta deve ser utilizada de modo correto visando garantir a dignidade da pessoa humana, a intimidade e o *nemo tenetur se detegere*. Além disso, a supressão do consentimento do acusado para o fornecimento do material genético deve sempre ser o último recurso devendo ser motivado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PREVITALLI, Cleide, O processo tributário, 5ª Ed

FERRAJOLI, Luigi; BOBBIO, Norberto. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. A reforma do processo penal brasileiro. Justitia, São Paulo, 1990.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2012

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio, Direito constitucional tributário e due processo of law

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Desafios do Direito Penal na era da globalização. Cidadania e Justiça. Ano, v. 2, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. Editora Revista dos Tribunais, 2005

KHALED JR, Salah H. A Busca da verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

ETZIONI, Amitai. DNA tests and databases in criminal justice: individual rights and the common good. DNA and the criminal justice system: The technology of justice, 2004

CARNELUTTI, Francesco; MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. As misérias do processo penal. Editora Pillares, 1995

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal. Editora Saraiva, 2003

NUCCI, Guilherme de Souza; “Código de Processo Penal Comentado”; Editora Revista dos Tribunais, 2009

MEIRELES, Cecília; AFFONSO, Eleonora. Ou isto ou Aquilo. Civilização Brasileira, 1977

ALVES, Fábio Wellington Ataíde; “A Renovação Conceitual da Capacidade de Convencimento do Juiz: Uma Crítica à Busca da Verdade Real Pelo Processo Penal”, Revista Eletrônica Constituição e Garantia de Direitos, Ano I, Vol. 2

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. A renovação conceitual da capacidade de convencimento do juiz: uma crítica à busca da verdade real pelo processo penal. Constituição e Garantia de Direitos, v. 1, n. 2, 2007

DOREA, Luiz Eduardo Carvalho; STUMVOLL, Victor Paulo; QUINTELA, Victor. Tratado de perícias criminalísticas: criminalística. Millennium, Campinas, 2003

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução e notas de Ricarco Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003

ARANHA, AJQT de C. Da prova no processo penal. São Paulo: Saraiva, 1994

LIMA, Marcellus Polastri. A prova penal de acordo com a reforma processual penal. Editora Lumen Juris, 2009

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006

JOBIM, Luiz Fernando; COSTA, Luís Renato da Silveira; SILVA, Moacyr da. Identificação Humana: identificação pelo DNA; identificação médico-legal; perícias odontológicas. 2005

MATIAS, Anne Karine; SIMÕES, Anne -Augusta Rocha; GALVÃO, Luis Carlos Cavalcante. ENTRE TATUAGENS E CRIMINOSOS. 2014

ESPINDULA, Alberi. Perícia criminal e cível: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. Millenium, 2006

SOBRINHO, Mario Sergio. A identificação criminal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2003

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal. Elsevier Brasil, 2008.

FILHO, J. Fernades. Impressões dermatoglíficas - marcas genéticas na seleção dos tipos de esporte e lutas (a exemplo de desportista do Brasil). 1997. 172f. Tese de Doutorado. Moscou.- URSS, 1997.

BINSFELD, Pedro. Evolução Histórica da Genética Forense no Judiciário Brasileiro.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A constitucionalidade do exame de DNA compulsório em processos criminais e propostas de sua regulamentação. 2007.

FOUCAULT, Michel; GALVÃO, Maria Ermantina. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). 1999.